

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

LUIZ HENRIQUE KRASSUSKI FORTES

JUSTIFICAÇÃO DOS PRECEDENTES:  
DIREITO COMO PLANEJAMENTO, PODER JUDICIÁRIO E MOTIVAÇÃO A  
PARTIR DO PRECEDENTE

CURITIBA  
2015

LUIZ HENRIQUE KRASSUSKI FORTES

JUSTIFICAÇÃO DOS PRECEDENTES:  
DIREITO COMO PLANEJAMENTO, PODER JUDICIÁRIO E MOTIVAÇÃO A  
PARTIR DO PRECEDENTE

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre.

Orientador: Prof.Titular Dr. Luiz Guilherme Marinoni.

CURITIBA  
2015

ERRATA			
FOLHA	LINHAS	ONDE SE LÊ	LEIA-SE
14	15-20	<p>Não se ignora que uma classificação dicotômica e simples como a proposta pode tornar-se artificial, escolástica e até mesmo absurda quando tensionada. Isso, no entanto, não retira o seu valor.</p> <p>Como toda distinção que corporifica algum grau de verdade, permite a construção de comparações. Constitui, assim, um interessante ponto de partida para uma atividade investigativa, como a que aqui se propõe.</p>	<p>Não ignora o autor que uma classificação dicotômica e simples como a proposta pode tornar-se artificial, escolástica e até mesmo absurda quando tensionada. Isso, no entanto, não retira o seu valor.</p> <p>Como toda distinção que corporifica algum grau de verdade, permite, para Berlin, a construção de comparações. Constitui, assim, um interessante ponto de partida para uma atividade investigativa, como a que aqui também se propõe.</p>

**Referência da obra a ser incluída a errata.**

FORTES, L. H .K. **Justificação dos Precedentes:** Direito como Planejamento, Poder Judiciário e Motivação a partir do Precedente. 2015, 187 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, 2015.



## **TERMO DE APROVAÇÃO**

**LUIZ HENRIQUE KRASSUSKI FORTES**

### **JUSTIFICAÇÃO DOS PRECEDENTES: DIREITO COMO PLANEJAMENTO, PODER JUDICIÁRIO E MOTIVAÇÃO A PARTIR DO PRECEDENTE**

Dissertação aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora.

  
Orientador: Prof. Titular Dr. Luiz Guilherme Marinoni  
Universidade Federal do Paraná – UFPR

  
Avaliador: Prof. Dr. Daniel Francisco Mitidiero  
Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS

  
Avaliador: Prof. Dr. Cesar Antonio Serbena  
Universidade Federal do Paraná – UFPR

Curitiba, 15 de abril de 2015

À minha família, base de tudo, pelo amor e esforço constantes sem os quais eu nada seria.

## AGRADECIMENTOS

*"The stars, like dust, encircle me In living mists of light; And all of space I seem to see; In one vast burst of sight"*<sup>1</sup>. Há qualquer coisa de solitário na redação de um trabalho acadêmico. Não raras vezes parecemos verdadeiros eremitas e nos privamos do convívio com aqueles mais amamos. Movidos pela paixão pela pesquisa, adentramos nalgum lugar ainda escuro para o conhecimento.

Trafegar por esse ambiente muitas vezes inóspito e assustador, em que impera o constante questionamento de certezas, só é possível se estivermos acompanhados por aqueles que, qual as estrelas do poema, nos envolvem com sua vivente bruma de luz. Quando parecem imperar as trevas da dúvida, são essas pessoas que nos dão a explosiva mirada daquilo que é realmente importante. Iluminam nosso caminho para que vejamos além.

Dessa forma, apesar de as eventuais falhas do texto somente poderem ser atribuídas ao autor, devo a realização do *plano* de me tornar mestre em direito, que culmina na apresentação e defesa pública deste trabalho, a várias estrelas e constelações que me guiaram pela escuridão do desconhecido. A essas, agora, não me furto de agradecer.

Ao meu orientador, professor Luiz Guilherme Marinoni, por tudo. Há décadas na linha de frente da escrita das *novas linhas do processo civil*, o doutrinador dispensa qualquer apresentação. Agradeço, porém, ao mestre que me deu a oportunidade de aprender diariamente sobre muito mais do que o direito. Na abóbada celeste brilha fulgurante seu exemplo de que os verdadeiros frutos são colhidos da dedicação, sobriedade e ética.

Nada seria possível sem a minha constelação mais próxima, minha família. Às minhas irmãs, Christienne e Natasha, faltam palavras para expressar toda a gratidão.

À Chris por ser, antes de tudo, meu Cruzeiro do Sul. Conviver com alguém dotado de tanta genialidade e sensibilidade, uma intelectual e artista primorosa, poderia parecer opressor para um irmão mais novo. Não é preciso muito tempo de

---

<sup>1</sup> O poema aparece na voz da personagem Biron Farrill no romance *The Stars, Like Dust*, de Isaac Asimov. Em tradução livre: "As estrelas, como poeira, circundam-me Em viventes brumas de luz; e todo o espaço pareço ver Em uma vasta e explosiva mirada". ASIMOV, Isaac. **The Stars, Like Dust**. (1951) New York: Octopus/Heinemann, 1981. p. 469.

convivência, porém, para constatar que a modéstia é mais um dentre seus tantos e tão variados brilhos. Ao invés da *démodé* competição fraternal, obrigado por ter me dado o privilégio de ser amigo de meu maior exemplo.

À Natasha, por ser meu porto seguro. Quando ela e o Boreki se mudaram para fora do país, aprendi o real (e doído) significado da palavra saudade. A chegada da Luanna e do Liam, alguns anos mais tarde, apenas serviu para apertar ainda mais o peito. Logo, porém, pude perceber que o amor não pode ser separado nem por mais de 10.000 km. Agradeço aos quatro por sempre se fazerem presentes em minha vida, trazendo tantas e tão variadas alegrias.

À minha mãe, Rita de Cássia, estrela em torno da qual todos orbitamos, sou grato por nos aquecer com seus incomensuráveis amor e devoção. Sua dedicação construiu o firme alicerce sem o qual eu nada seria.

Ao meu pai, Oswaldo Henrique, pelo constante incentivo ao estudo e pelo exemplo de superação. É extraordinário que você tenha, em um mesmo ano, concluído uma nova faculdade, vencido a luta contra o câncer e, ainda por cima, conseguido a aprovação no exame da OAB. Agradeço também à Sandra Iara, sua esposa e companheira, por toda a amizade, carinho e preocupação que desde sempre demonstrou por mim.

Ao meu amigo, João Rubens Pires Balbela, por ser a prova viva de que irmãos não precisam necessariamente compartilhar os mesmos pai e mãe. Na constante, rica e cíclica alternância entre os momentos de folguedo e desalento que é a vida, sua amizade faz a alegria mais colorida e a tristeza mais tolerável. Sem o seu constante incentivo este trabalho jamais teria sido escrito.

Ao Felipe Frank faltam palavras para descrever quanto o admiro e me sinto privilegiado por desfrutar de sua amizade. Se por alguns momentos nos distanciamos, a liberdade existente entre nós criou a oportunidade de inesperadamente sermos uma vez mais "constituídos em mora", recebendo em troca os bens infungíveis da solidariedade e da camaradagem, demonstração real de apreço e afeto. Obrigado pela intervenção *gravitacional* e certa, que me trouxe de volta ao chão quando estava prestes a ficar à deriva na vastidão do espaço inexplorado.

A Pedro Kalluf e Vanessa Bruning, amigos que sempre abriram minha cabeça e me julgaram da melhor forma possível (indicativo do futuro profissional de

você que está cada vez mais próximo?), por há mais de uma década fazerem parte de minha vida.

A Luiz Henrique Budant, Marcela Passos, Maria Vitória Ferreira, Renata Marques e Roan Costa, pela amizade forte que não se rompe nem com a distância, nem com o correr do tempo.

Aos professores Abili Lázaro Castro de Lima, Antonio Manoel Hespanha, Celso Luiz Ludwig, Cesar Antonio Serbena, Eduardo Talamini, Egon Bockmann Moreira, Pedro Rodolfo Bodê de Moraes, Ricardo Marcelo Fonseca, Sérgio Cruz Arenhart e Vera Karam de Chueiri, de quem tive o privilégio de ser aluno durante o mestrado, agradeço pela dedicação e demonstração cotidiana do que é a vocação para a docência.

Ao professor Daniel Mitidiero, pelo diálogo e por me confiar o empréstimo de alguns livros de sua biblioteca pessoal.

Aos meus veteranos na graduação e pós-graduação, Juliana Fonseca e William Pugliese, cuja meteórica carreira acadêmica muito me inspira e orgulha. Aos dois, meu muito obrigado pela amizade e por me darem, desde sempre, tantos e tão valiosos conselhos. Espero ter conseguido incorporar alguns deles na redação deste trabalho.

Ao "big-five" grupo de estudos da *Arte & Letra*, Marcella Ferraro, Paula Pessoa, Ricardo Silva, Silvia Araki e *Silvianizes*, por fornecerem, ao meio das discussões sobre o direito, um dos maiores acervos de piadas internas já visto.

Ao Ricardo não posso deixar de agradecer pelas conversas e pelo clima ao mesmo tempo sério e descontraído que sempre deu o tom de nossa amizade, fortalecida no tempo em que militamos juntos na advocacia.

À Paula agradeço pelo companheirismo acadêmico - demonstrado desde muito antes de eu ingressar no mestrado -, pela sua amizade verdadeira e pelo exemplo, como jurista e pessoa. Como não poderia deixar de ser, agradeço pela revisão criteriosa, atenta e bastante crítica deste trabalho.

Aos colegas e amigos do PPGD, cada um com sua luz característica e especial, com os quais muito aprendi: André Giamberardino, Andressa Jarletti, Aline Pilati, César Bolzani, Christian Delgado, Diogo Rodrigues, Edna Câmara, Flávio Cruz, Gustavo Bussmann, Gustavo Osna, Gustavo Vilar, Heloísa Câmara, João Arrosi, José Macedo, José Menacho, Juliana Chevônica, Larissa Alfaro, Lígia Ziggianti, Leandro Assunção, Leandro Rutano, Márcio Berclaz, Maira Portes, Mariel



Muraro, Maurício do Valle, Mauro Rocha, Miguel Godoy, Melanie Merlin, Pedro De Vita, Priscila Barboza, Sandro Romanelli, Simone Trento e Viviane da Rosa.

Agradeço, nas pessoas de Eglem Fujimoto e Loiri Spader, a todos os servidores da Biblioteca de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, sempre atenciosos e dispostos a ajudar.

Merece especial agradecimento Paula Araújo, não apenas pelo exemplo de profissional e acadêmica séria e comprometida, mas, principalmente, pela parceria e pelo constante auxílio nos levantamentos bibliográficos que realizei nos últimos anos.

Do mesmo modo, agradeço aos servidores da Faculdade de Direito e do Programa de Pós-Graduação, Ana, Cecília, Jane, Laura, Luís, Márcio, Mauro, e Vanessa, tanto pela ajuda na solução dos problemas burocráticos, quanto pelas tão necessárias conversas e cafés que intercalaram as atividades acadêmicas.

Agradeço aos meus colegas de trabalho na Marinoni Advocacia, com quem muito aprendi, na pessoa de Djalma Bento Neto.

Também não posso deixar de agradecer aos servidores da 15ª Vara Federal de Curitiba pela recepção afetuosa em um ambiente de trabalho sério, caracterizado pelo respeito, seriedade e companheirismo. Em especial, agradeço à Dra. Luciana Oliveira e ao Marco Zanella, por todo o apoio e incentivo.

Como não poderia deixar de ser, agradeço ao amor da minha vida, aquela que é, por assim dizer, o meu setor de doces no supermercado<sup>2</sup>. Sarah Schmitt, você me faz sentir, dia após dia, algo novo, forte e inexplicável. Graças a você passei a apreciar a viva, colorida e intensa beleza que há em cada singelo gesto, em que cada pequena coisa que existe no mundo. Por você (e com você) quero melhorar cada vez mais. Obrigado por todo o auxílio e amor. Sem a sua crença inabalável em mim e a sua compreensão pelas inúmeras ausências, este início de minha trajetória acadêmica não teria sido possível.

Agradeço, por fim, a Deus, cujo reencontro coincidiu, em grande parte, com o momento final de prospecção e escrita deste trabalho.

---

<sup>2</sup> *"Wenn man so will, bist du (...) meine Süßwarenabteilung im Supermarkt (...)"* como diz a letra da música *Ein Kompliment*, da banda alemã *Sportfreund Stiller*.

Progress is impossible without change; and those who cannot change their minds cannot change anything.

(George Bernard Shaw)

## RESUMO

A presente investigação tem como ponto de partida a necessidade de se apresentar uma justificação para a adoção dos precedentes a partir da teoria do direito, bem como explicitar como se fundamenta adequadamente uma decisão judicial mediante precedente. Para tanto, adota-se como referencial a teoria do direito como planejamento de Scott J. Shapiro, que compreende o exercício da autoridade jurídica (atividade jurídica) como uma atividade de planejamento social. Disso constata-se a necessidade de desenvolvimento incremental dos planos (normas) como decorrência dos princípios da racionalidade instrumental. Propõe-se, então, a compreensão do Judiciário como instância planejadora a partir da economia da confiança do sistema jurídico brasileiro, extraível do plano mestre constitucional, do problema da interpretação e do novo Código de Processo Civil. Explorando as noções de justificação interna e externa da decisão, bem como de decisão interpretativa e interpretação operativa, propõe-se a identificação do conceito de motivos determinantes (*ratio decidendi*) como a confluência da decisão interpretativa e da delimitação fática por ela pressuposta no precedente.

**Palavras-chave:** Direito como Planejamento; Scott J. Shapiro; Precedentes; Motivação.

## ABSTRACT

The present research has as its starting point the need to provide an adequate justification, from the viewpoint of legal theory, for the adoption of precedents, as well as to explain how should a court adequately provide reasons through precedent. To achieve this goal, it is adopted as reference the theory of law as planning developed by Scott J. Shapiro, for which the exercise of legal authority (legal activity) is an activity of social planning. As a consequence, the need for incremental development of plans (norms) is noted as a result of the principles of instrumental rationality. Then it is proposed that the Judiciary should be viewed as a planner instance, according to the Brazilian legal system's economy of trust, extracted from the constitutional master plan, the problem of interpretation and the new Civil Procedure Code. Exploring the concepts of internal and external justification for the decision, as well of interpretative decision and operative interpretation, it is proposed to identify the concept of *ratio decidendi* with the interpretative decision and the factual discourse presupposed by it.

**Keywords:** Law as Planning; Scott J. Shapiro; Precedents; Justification.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b>	14
<b>CAPÍTULO 1 - A TEORIA DO DIREITO COMO PLANEJAMENTO</b>	23
1.1. O QUE SÃO PLANOS	32
1.1.1. Planejamento para Atividades Individuais	35
1.1.2. Planejamento para Atividades Compartilhadas de Pequeno Porte	40
1.1.3. Planejamento para Atividades Compartilhadas Massivas	44
1.2. A TEORIA DO DIREITO COMO PLANEJAMENTO	53
1.2.1. Construção de um Sistema Jurídico	53
1.2.2. Circunstâncias da Juridicidade	54
1.2.3. Teses do Planejamento e da Ação Compartilhada	58
1.2.4. Tese do Propósito Moral	62
1.2.5. Breve Síntese da Teoria do Direito como Planejamento	64
1.3. O DIREITO COMO PLANEJAMENTO NO MARCO DO POSITIVISMO JURÍDICO: PRÉ-COMPREENSÕES, CRÍTICAS E POTENCIAL	65
1.3.1. Formalismo e Textualismo?	67
1.3.2. Teoria do Direito como Planejamento: Positivismo Exclusivo	71
1.3.3. Desacordos Teóricos e a Lógica Geral do Planejamento em Shapiro: Levar a Confiança e a Diversidade a Sério na Meta-Interpretação	74
<b>CAPÍTULO 2 - OS REFLEXOS DO DIREITO COMO PLANEJAMENTO PARA A INTERPRETAÇÃO JURÍDICA: JUÍZES PLANEJADORES E O INSTRUMENTO DO PRECEDENTE</b>	78
2.1. META INTERPRETAÇÃO E A ECONOMIA DA CONFIANÇA DE UM SISTEMA JURÍDICO	78
2.1.1. Determinação da Economia da Confiança	82
2.1.2. Resposta à Crítica de Dworkin: Possibilidade de Desacordos Teóricos	88
2.2. CRÍTICAS SOBRE A ABORDAGEM META INTERPRETATIVA E PROPOSTA DE SOLUÇÃO: ELEMENTOS PARA A COMPREENSÃO DO PAPEL DO PRECEDENTE NA TEORIA DO DIREITO COMO PLANEJAMENTO	91
2.2.1. Considerações Críticas	91
2.2.2. Precedente como Instrumento das Tradições Jurídicas da <i>Common Law</i> e da <i>Civil Law</i> : Juízes Planejadores e o Instrumento do Precedente	99
<b>CAPÍTULO 3 - INTERPRETAÇÃO, JUSTIFICAÇÃO DOS PRECEDENTES, CONFIANÇA NO JUDICIÁRIO E MOTIVAÇÃO A PARTIR DO PRECEDENTE</b>	111
3.1 O PROBLEMA DA INTERPRETAÇÃO	112
3.1.1 Raciocínio Jurídico e Interpretação	112
3.1.2. Raciocínio Jurídico, Tese das Fontes e Teorias da Interpretação	116
3.2. ECONOMIA DA CONFIANÇA E ELEMENTOS DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	129

3.2.1. Interpretação e Economia da Confiança: Judiciário, Constitucionalismo, Técnica Legislativa e Estruturação do Sistema de Cortes.....	129
3.2.2. Visão Panorâmica sobre Precedentes no Novo Código de Processo Civil.....	143
3.3. A MOTIVAÇÃO A PARTIR DO PRECEDENTE.....	157
3.3.1. Justificativa Interna e Externa da Decisão.....	158
3.3.2. Motivação da Decisão e a Noção de <i>Ratio Decidendi</i> .....	169
<b>CONCLUSÃO</b> .....	176
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	179

## INTRODUÇÃO

Ao obscuro fragmento do poeta grego Anquiloco - que diz que se a raposa sabe de muitas coisas, o porco-espinho sabe de apenas uma grande coisa -, Isaiah Berlin propôs, em "*The Hedgehog and the Fox*", uma interpretação diferente da usual<sup>3</sup> que impactou profundamente o pensamento contemporâneo.

O trecho, antes compreendido de forma bastante singela como a derrota da astúcia da raposa pela única defesa do porco-espinho, é lido por Berlin como algo mais profundo e significativo: uma forte marca distintiva entre pensadores.

Para ele, a alegoria refere-se a dois tipos distintos de personalidades intelectuais. De um lado, há os porcos-espinhos, que relacionam tudo a um sistema mais ou menos coerente e articulado - uma visão central e unitária -, a partir do qual buscam pensar, compreender e atribuir sentido.

De outro, há as raposas, pessoas que buscam as mais diversas finalidades em suas atividades reflexivas, as quais não possuem necessariamente qualquer relação entre si e sequer precisam estar relacionadas a um princípio unificador.

Não se ignora que uma classificação dicotômica e simples como a proposta pode tornar-se artificial, escolástica e até mesmo absurda quando tensionada. Isso, no entanto, não retira o seu valor.

Como toda distinção que corporifica algum grau de verdade, permite a construção de comparações. Constitui, assim, um interessante ponto de partida para uma atividade investigativa, como a que aqui se propõe.

Preliminarmente, o título do presente trabalho, "Justificação dos Precedentes: Direito como Planejamento, Poder Judiciário e Motivação a partir do Precedente" indica que o caminho teórico a ser trilhado insere-se no conjunto de uma recente e já significativa doutrina brasileira sobre os precedentes judiciais<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> BERLIN, Isaiah. **The Hedgehog and the Fox: An Essay on Tolstoy's View of History.** (1953) Chicago: Ivan R. Dee Inc., 1993. p. 3-4.

<sup>4</sup> Como exemplos, ainda que com distintas abordagens, tem-se TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente Judicial como Fonte do Direito.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes: o Desenvolvimento Judicial do Direito no Constitucionalismo Contemporâneo.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008, MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios.** (2010). 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, e BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do Precedente Judicial: a Justificação e a Aplicação de Regras Jurisprudenciais.** São Paulo: Noeses, 2012. Mais recentemente temas sensíveis aos precedentes foram objeto dos livros de PEREIRA, Paula Pessoa. **Legitimidade dos Precedentes: Universabilidade das Decisões**

A inflexão dos estudos acadêmicos de Direito Processual Civil pela vereda dos precedentes, aliada às reflexões desenvolvidas em outras disciplinas, como a Teoria, a História e a Filosofia do Direito, é, por sua vez, direta ou indiretamente resultado da necessidade de buscar compreender as mudanças recentes pelas quais tem passado o direito como fenômeno em geral e, em particular, o direito brasileiro no período pós Constituição de 1988.

Chega-se a falar em um novo paradigma, o neoconstitucional<sup>5</sup>, que representaria os mais recentes desdobramentos da passagem do estado de direito em sua conformação liberal para o estado de direito constitucional e democrático.

Alguns fenômenos distintos, mas certamente implicados, caracterizam o atual momento. Reconhece-se cada vez mais a força normativa da constituição, que se irradia pelo ordenamento jurídico, bem como o impacto dos direitos fundamentais. Conectados a esses dois pontos, há uma busca pelo aperfeiçoamento dos mecanismos não necessariamente majoritários de política constitucional e do controle de constitucionalidade. Fortes debates se instauram sobre o melhor desenho institucional para implementar o plano mestre da Constituição. A inerente tensão entre constitucionalismo e democracia emerge em seu pleno potencial na esfera pública.

Implicações diretas do novo modelo também são sentidas na teoria das normas, com a valorização e utilização dos princípios na aplicação do direito, bem como a partir da constatação da não identidade entre texto e norma. A própria técnica legislativa não fica incólume às mudanças. Emerge um contexto de expansão das cláusulas gerais e da construção de microssistemas normativos em superação ao modelo do predomínio absoluto das grandes codificações, até então consideradas uma característica de tipo ideal dos sistemas jurídicos vinculados à tradição da *civil law*, a que as codificações do direito privado inclusive emprestam o nome.

---

do STJ. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014 e de ZANETI JR., Hermes. **O Valor Vinculante dos Precedentes**. Salvador: JusPodivm, 2015.

<sup>5</sup> Para uma visão sintética e aprofundada do neoconstitucionalismo, suas características, as razões para o seu surgimento e sua recepção pela doutrina brasileira, bem como uma visão crítica das principais objeções contra ele levantadas, remete-se o leitor para: SARMENTO, Daniel. **Por um Constitucionalismo Inclusivo**: História Constitucional Brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 233-272.



Verifica-se, também, tanto na doutrina quanto na prática, uma maior desconfiança diante de teorias da interpretação que proponham soluções puramente formalistas, havendo um ambiente geral com maior porosidade para a argumentação jurídica e para a abertura do raciocínio jurídico, não mais caracterizado tão somente pela subsunção.

As discussões sobre a chamada judicialização da política e um "deslocamento" ou "rearranjo de poder do estado", que passa da primazia dos poderes Legislativo e Executivo para também englobar o Judiciário, fazem-se presentes na pauta do dia, aliados ao reconhecimento de um caráter eminentemente argumentativo ao direito. E, por fim, não se pode ignorar a existência de uma penetração mais explícita do discurso filosófico no jurídico, a partir dos novos turnos de fala que se inserem na perene e viva discussão sobre a tormentosa e importante relação entre os sistemas normativos do direito e moral.

À luz dessas significativas mudanças, o problema da segurança, da calculabilidade e da previsibilidade, tão caros à ideia de estado de direito desde a sua afirmação no alvorecer da modernidade, reaparecem. Como não poderia deixar de ser, porém, manifestam-se evidentemente ressignificados. Nesse contexto particular se identifica a imprescindibilidade de se refletir sobre o tema dos precedentes.

A abordagem intelectual da doutrina jurídica brasileira perante todos esses fenômenos, porém, tem sido majoritariamente de raposa. Ainda que seja dada atenção às modificações pontuais e profundas acima referidas, comumente não há, nas explicações propostas, um fio condutor comum, fundado na Teoria e na Filosofia do Direito, que tenha como objetivo dar conta dessas alterações. Essa constatação mais geral igualmente vale para a doutrina que se dedica ao estudo específico do Direito Processual Civil<sup>6</sup>.

Isso talvez se justifique, em grande parte, pelo fato de que o próprio neoconstitucionalismo é plural. Não se pode falar, sob o manto do termo, em uma coerente e singular visão sobre o fenômeno jurídico. Há, na realidade, vários

---

<sup>6</sup> Exceção pode ser encontrada na obra de Luiz Guilherme Marinoni. O autor não apenas busca ressignificar à luz do estado constitucional o conceito clássico de jurisdição, mas, a partir das modificações sumariamente referidas acima, pretende construir um *novo* conceito de jurisdição adequado ao atual modelo de estado. É dessa forma que consegue atribuir coerência à sua construção teórica quer perpassa todo o Processo Civil. Ver: MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. (2006). 8ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 23-164.

neoconstitucionalismos que, não obstante possuam pontos em comum, conflitam em inúmeros outros. O neoconstitucionalismo está longe de constituir uma única concepção teórica clara e coesa<sup>7</sup>.

Tem-se, assim, um termo guarda-chuva, sob o qual se encontram autores que estão em diversos pontos de um largo espectro de posições não apenas quanto à Filosofia e Teoria do Direito, mas também no que diz respeito à própria Filosofia Política.

É em razão desse ambiente intelectual plural, em especial pela falta de uma construção teórica que agradasse a um pensador porco-espinho, que provavelmente se encontrem de modo tão frequente na esfera pública e em algumas manifestações doutrinárias objeções pueris ao papel dos precedentes no direito brasileiro, muitas vezes turvadas pelas lentes de teorias pensadas para um passado que não mais existe. E ressalte-se: um passado que talvez sequer tenha existido, mantido apenas pelo encobrimento do manto ideológico.

Não é difícil se ouvir e ler que os precedentes seriam responsáveis pelo engessamento do sistema, implicariam violação da independência dos juízes, feririam de morte o princípio da separação dos poderes e as funções da jurisdição nos países de *civil law*<sup>8</sup>, etc.

Confunde-se a reflexão sobre precedentes com um sonho dogmático de uma *commonlawnização* apresentada como panaceia para o problema da caoticidade judicial, e, portanto, um devaneio desconectado da dita "realidade" brasileira.

A fim de rebater tais críticas, cabe aqui a constatação de Marinoni de que "a idade dos sonhos dogmáticos acabou. A nossa modernidade está na consciência de

---

<sup>7</sup> A polissemia do termo neoconstitucionalismo decorre em parte de poder tratar tanto dos impactos sofridos pelo estado constitucional quanto das várias teorias do direito que buscaram compreender essas modificações. Sobre o tema, ver: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

<sup>8</sup> No plano retórico é interessante ver como "facilmente" se inclui o Brasil no *civil law* tal qual mera instanciamento do tipo ideal decorrente da tradição continental europeia, como se esse enquadramento, por si próprio, não pudesse ser alvo das mais diversas e possíveis problematizações. Sobre o *paradoxo metodológico* brasileiro decorrente da recepção histórica, no processo constitucional, de inflexões do *common law*, e das influências do *civil law* no processo infraconstitucional, ver, em especial, o primeiro capítulo de ZANETTI, Jr., Hermes. **Processo Constitucional: O Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007. p. 3-66.

que o processo, como o direito em geral, é um instrumento da vida real, e como tal deve ser tratado e vivido"<sup>9</sup>.

E aqui se vê claramente a angústia que motivou este trabalho e dá a ele seu título: a necessidade de justificação.

Não apenas a busca por uma justificação pontual dos precedentes no direito brasileiro a partir das profundas e pontuais alterações acima elencadas, mas sim que consiga dar conta da razão de ser desse instrumento que é imprescindível ao direito para que possa cumprir sua função.

Essa justificação, aqui se propõe, inegavelmente passa por uma leitura atenta dentro do quadro mais geral que se insere no calor dos debates da Teoria e da Filosofia do Direito atuais.

A reflexão é ainda de maior importância diante da aprovação do novo Código de Processo Civil. O incursão pela Teoria do Direito permite ver que os dispositivos do novo diploma normativo, em especial os que versam sobre precedentes, só podem ser compreendidos e aplicados adequadamente se verificada sua ligação com as funções atribuídas à jurisdição pelo plano mestre de nosso sistema jurídico.

Não se está com o novo Código, portanto, criando *ab ovo* uma realidade normativa estranha ao funcionamento do nosso sistema e, como já se acusou, à "tradição".

Trata-se, em realidade, de questão a que se lança nova luz quando se busca compreendê-la a partir do grau de confiança que foi dado ao Poder Judiciário pelo nosso sistema. Isso somente se obtém mediante a análise dos planos existentes para esse poder consubstanciados na esfera constitucional, mas também no plano legal, em que se insere o novo Código, visando à implementação do projeto constitucional.

Os sistemas jurídicos contemporâneos - e isso é uma constatação trivial - não tem como fugir da inevitável decisão sobre como sopesar os benefícios da flexibilidade e espontaneidade, de um lado, e as necessidades por orientação e previsibilidade, de outro<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas Linhas do Processo Civil**. (1996) 4ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 19.

<sup>10</sup> Lembre-se do que disse Herbert Hart ao construir sua crítica ao formalismo e ao ceticismo diante das regras: "In fact all systems, in different ways, compromise between two social needs: the need for

Não se pode ignorar, assim, a função do direito em geral (e do processo civil em particular como técnica posta a serviço da vida real) na construção incremental e diacrônica do acervo normativo que, a um só tempo, permita o desenvolvimento das relações humanas formadas no seio da comunidade e milite em favor do desenvolvimento do homem, reconhecido em sua dignidade concreta e liberdade material.

Está-se diante, portanto, de um problema não apenas sobre os valores e ideais do estado de direito, mas em especial uma problemática que deve levar em conta as escolhas de um sistema jurídico concreto sobre o modo pelo qual esses valores, por ele acolhidos e protegidos, devem ser melhor alcançados.

Isso tem forte impacto na interpretação e aplicação do direito, bem como sobre a importância de um instrumento como o do precedente. Isso até mesmo porque se pode sustentar a firme intuição de que "(...) o Estado de Direito é implementado apenas quando aqueles que se encarregam da interpretação jurídica são fiéis à visão de Estado de Direito que o sistema jurídico pressupõe e corporifica"<sup>11</sup>.

Informado por essas considerações, o trabalho busca seguir e implementar o seguinte roteiro de investigação.

O primeiro capítulo é informado pela constatação da importância teórica e prática das reflexões construídas na Teoria do Direito para a compreensão das questões mais prementes no direito brasileiro contemporâneo.

---

certain rules which can, over great areas of conduct, safely be applied by private individuals to themselves without fresh official guidance or weighing up of social issues, and the need to leave open, for later settlement by an informed, official choice, issues which can only be properly appreciated and settled when they arise in a concrete case" HART, Herbert L. A. **The Concept of Law**. (1961) 2ª Ed. Oxford: Oxford University Press, 1997. p. 130.

<sup>11</sup> Tradução livre de: "(...) the Rule of Law is served only when those who engage in legal interpretation are faithful to the vision of the Rule of Law that the legal system presupposes and embodies". SHAPIRO, Scott J. **Legality**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011. p. 398. A tradução da expressão inglesa *rule of law* por estado de direito não ignora a sua historicidade nem é acrítica. Vale aqui a observação de Pietro Costa: "Na medida em que o termo *rule of law* compendia em si mesmo um modo peculiar de posicionar e resolver o problema do nexo poder-direito-indivíduos, ele pode dizer-se semanticamente análogo à expressão "Estado de Direito" ("Rechtsstaat", "État de droit", Stato di Diritto") e ser apresentado como tradução deste último (ou vice-versa) (...) Que *rule of law* seja equivalente a (traduzível por) 'Estado de Direito' não significa, portanto, que uma noção é o decalque exato e mecânico da outra; significa apenas que a relevante diferença dos aspectos 'culture-bound' não impede a identificação (obviamente 'decidida', não 'objetivamente' irrefutável) de uma 'culture-invariant function' comum". COSTA, Pietro. O Estado de Direito: Uma Introdução Histórica. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. **O Estado de Direito: História, Teoria, Crítica**. (2002) São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 95-198. p. 140-141.

Será feita, para tanto, a exposição da teoria do direito como planejamento de Scott J. Shapiro. Verificou-se, ao longo da atividade de prospecção e reflexão que antecedeu a escrita desta dissertação, que o diálogo com essa particular teoria, inserida no marco do positivismo jurídico pós-hartiano, e especificamente em sua vertente exclusivista<sup>12</sup>, teria a capacidade de fornecer um interessante e inovador instrumental teórico capaz de explicar a justificação dos precedentes a partir do caráter incremental do fenômeno jurídico.

Nesse primeiro momento procede-se à descrição das noções de plano e de planejamento, bem como esse ocorre para atividades individuais, compartilhadas e, por fim, massivas, como o direito. Dessas definições, parte-se para a exposição e reconstrução da teoria do direito como planejamento e de suas principais teses, assim como de seu enquadramento no marco do positivismo, seus potenciais e críticas.

No segundo capítulo, volta-se a atenção para os reflexos específicos da teoria do direito como planejamento para a interpretação jurídica, explicitando a teoria metainterpretativa por ela delineada. Trata-se de uma reflexão cujo traço distintivo diz respeito ao fato de se basear na distribuição das atitudes de confiança do sistema jurídico entre os vários agentes e autoridades jurídicas que nele operam, permitindo à luz dela, a compreensão do grau de liberdade interpretativa de cada um.

Ou seja, essa teoria tem particular importância pois a adequada justificação dos precedentes não pode ignorar a confiança atribuída ao Judiciário, compreendido enquanto instituição, pelas diversas normas relevantes que compõem o sistema jurídico brasileiro.

Ainda no segundo capítulo serão apresentadas as principais críticas à abordagem proposta, bem como se mostrará a aproximação histórica das tradições da *common law* e da *civil law* em torno do instrumento do precedente. Com isso se pavimentará o caminho para ver o papel a ser desempenhado pelo precedente

---

<sup>12</sup> Isso não significa que o positivismo jurídico seja a única abordagem de porco-espinho que permita abordar as várias mudanças pelas quais se constatou ter passado o direito na contemporaneidade. Na realidade chega a ser contraintuitiva a utilização, ao menos no ambiente intelectual que se instalou no Brasil nas últimas décadas, de uma teoria positivista, ou melhor, da caricatura que se criou do positivismo, para explicar esses fenômenos. Ao longo do trabalho ficará claro o equívoco da rejeição imediata, acrítica e fundamentalmente ideológica da(s) versão(ões) do positivismo jurídico atualmente debatidas e difundidas.

diante da teoria do direito como planejamento, bem como sua posição particular dentro do sistema jurídico brasileiro.

Por fim, no terceiro e último capítulo procede-se à construção de uma resposta ao problema da operação com o precedente.

Pode-se dizer que essa questão específica se fez presente inclusive no nascedouro das investigações aqui realizadas. A pesquisa teve início a partir da problemática hipótese de ação rescisória por violação à literal disposição de lei<sup>13</sup>, prevista no artigo 485, V, do Código de Processo Civil de 1973. Em especial quando, mesmo em uma primeira e singela aproximação, se confronta a hipótese do dispositivo com a interpretação consolidada pela súmula 343 do Supremo Tribunal Federal, para a qual não caberia essa hipótese de rescisão quando a decisão rescindenda tiver sido baseada em texto de interpretação controvertida nos tribunais.

A contradição entre a hipótese normativa e sua limitação interpretativa<sup>14</sup> já apontaria, por si só, para a necessidade de superação de alguns dogmas e que somente começariam a ter maior penetração nas reflexões doutrinárias várias décadas após a edição da súmula, como o da univocidade de sentido e da identidade entre texto e norma jurídica, pressuposta pela menção à ideia de literalidade da violação.

Bem por isso, se vislumbrou, em um primeiro momento, que uma possível solução para que o instituto da rescisória pudesse atuar como verdadeiro instrumento de defesa da ordem jurídica<sup>15</sup>, imporia julgador de uma ação desse tipo considerações sobre como justificar sua decisão a partir do precedente. Ou seja, a partir da necessidade de um mecanismo sistêmico que reduzisse a equivocidade das normas jurídicas.

Mais do que um problema pontual e específico, porém, constatou-se estar diante da instanciação de um problema mais geral e ao qual estão submetidos não

---

<sup>13</sup> A insuficiência da opção do legislador pela expressão "*literal disposição de lei*" foi fruto de bastante crítica pela doutrina. A redação do art. 963, V, do novo Código de Processo Civil passou a prever possibilidade de rescisão da decisão de mérito transitada em julgado quando esta "*violar manifestamente norma jurídica*". Se, por um lado, o dispositivo avança ao não identificar *texto* e *norma*, por outro, ao utilizar o advérbio "*manifestamente*", implica necessidade de maior reflexão pela doutrina sobre o processo incremental de construção da norma, discussão a que se pretende colaborar com as presentes reflexões.

<sup>14</sup> Recorde-se que a referida súmula foi editada há mais de meio século (1963) ainda durante a vigência do Código de Processo Civil de 1939.

<sup>15</sup> A expressão é de PORTO, Sérgio Gilberto. **Ação Rescisória Atípica**: Instrumento de Defesa da Ordem Jurídica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

apenas os tribunais, responsáveis pelo julgamento de rescisórias, mas todos os juízes. E é em direção à compreensão dessa problemática que foram direcionadas as investigações.

Bem por isso, o terceiro capítulo explora o problema do raciocínio jurídico e da interpretação, voltando os olhos para a economia da confiança atribuída ao Poder Judiciário, bem como aos elementos gerais do novo Código de Processo Civil relacionados ao tema dos precedentes.

Ressalte-se que sem uma resposta à questão sobre como se fundamenta a partir do precedente não se pode falar em uma adequada divisão do trabalho entre as várias instâncias do Judiciário, nem tampouco na adequada implementação do grau de confiança a ele atribuído.

E sem entender as diversas tarefas existentes no seio desse poder, igualmente não há como se valorizar, corretamente, não apenas a atuação dos tribunais e cortes supremas, mas também dos próprios juízes de primeiro grau.

Diante disso, será explorada a motivação a partir do precedente, mostrando seus elementos operacionais, e como eles se relacionam com a justificativa interna e externa da decisão interpretativa.

Em síntese, espera-se ao longo deste trabalho evidenciar como, a partir de uma leitura típica de porco-espinho, dada a partir de ideias fornecidas pela teoria do direito como planejamento, podem ser apresentadas respostas para a angústia que motivou as investigações.

Pretende-se, ao final, demonstrar que o respeito aos precedentes não é uma mera ilusão ou sonho da dogmática, mas sim um instrumento imprescindível para a consecução dos relevantes papéis e fins atribuídos ao Poder Judiciário pela economia da confiança do plano mestre constitucional brasileiro.

## CAPÍTULO 1 - A TEORIA DO DIREITO COMO PLANEJAMENTO

A presente investigação se inicia a partir da exposição da teoria do direito como planejamento de Scott J. Shapiro, proposta em seu livro *Legality*<sup>16</sup>.

O livro foi lançado em 2011, mas é fruto das pesquisas do autor desenvolvidas ao longo de uma década. Foi, desde então, alvo de diversos debates e controvérsias<sup>17</sup>. Sem dúvida, trata-se de reflexão que contribuiu de forma inovadora para as discussões atuais na Filosofia e Teoria do Direito<sup>18</sup>.

A obra de Shapiro é, antes de tudo, uma verdadeira apologia ao método da análise conceitual (também denominada reconstrução racional), como instrumento para se desvelar a natureza e os fundamentos do direito<sup>19</sup>.

Além do vigor intelectual da construção realizada, fica claro da sua leitura que muito mais do que uma simples preocupação restrita ao plano teórico e puramente ascética, a sua teoria foi proposta sem ignorar uma intuição, da qual aqui se partilha: não é possível compreender adequadamente algumas das mais

---

<sup>16</sup> SHAPIRO, Scott J. **Legality**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

<sup>17</sup> CANALE, Damiano; TUZET, Giovanni. Introduction. In: CANALE, Damiano; TUZET, Giovanni (Org.). **The Planning Theory of Law: a Critical Reading**. Dordrecht: Springer, 2013. p. ix. Os artigos que compõem o volume organizado por Canale e Tuzet são fruto dos seminários ocorridos ao longo dos anos de 2008 e 2009 na *Università Commerciale Luigi Bocconi*, de Milão, constituindo um dentre vários exemplos dos debates a que tem sido submetida a teoria proposta por Shapiro.

<sup>18</sup> A Filosofia do Direito não tem necessariamente limites precisos e estanques, apesar de ser possível identificar, como faz Riccardo Guastini, três principais campos de investigação: i) a história das doutrinas (inseridas no marco mais geral da cultura jurídica); ii) a filosofia da justiça e iii) a teoria do direito. Enquanto às duas primeiras é de grande dificuldade atribuir autonomia disciplinar, dada sua ligação, respectivamente, com a historiografia geral e com a filosofia política, a teoria do direito constituiria *locus* por excelência dos filósofos do direito. GUASTINI, Riccardo. **Das Fontes às Normas**. (1990) São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 376-377. Com grande poder de sistematização, Dimitri Dimoulis definiu as tarefas da Teoria do Direito como a realização de "(...) um estudo crítico e interdisciplinar de conceitos jurídicos fundamentais mediante a comparação de vários ramos do direito e sistemas jurídicos, no intuito de elaborar uma teoria da estrutura do fenômeno jurídico, refletindo, principalmente, sobre a definição de métodos de aplicação do direito". DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico: Introdução a uma Teoria do Direito e Defesa do Pragmatismo Jurídico-Político**. São Paulo: Método, 2006. p. 40. Nesse sentido estrito busca a Teoria do Direito fornecer um relato sobre a natureza do direito, que, todavia, para ter sucesso deve satisfazer dois diferentes critérios: "(...) First, it consists of propositions about the law which are necessarily true, and, second, they explain what the law is". RAZ, Joseph. Can There be a Theory Of Law? (2004) In: RAZ, Joseph. **Between Authority and Interpretation: On the Theory of Law and Practical Reason**. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 17.

<sup>19</sup> EDMUNDSON, William. Schmegality, **Georgia State University College of Law**, [S.l.], Legal Studies Research Paper No. 2012-02V. 2012. Disponível online em: < <http://ssrn.com/abstract=1835746>>. Acesso em: 06/11/2014. p. 1.



prementes questões da prática jurídica sem antes obter uma compreensão teórica mais ampla sobre o direito.

Essa compreensão, por sua vez, não deve ignorar considerações tais como confiança e caráter<sup>20</sup> dos diversos agentes em um sistema jurídico, que, se de um lado são tomadas em consideração pelos juristas práticos, de outro são comumente negligenciadas pelos teóricos. Confiança e caráter, porém, são elementos centrais para o entendimento do funcionamento das instituições, bem como da própria estrutura do raciocínio jurídico e da argumentação que o circunda<sup>21</sup>.

Entre os vivos e pulsantes problemas referentes que estão na pauta do dia pode-se incluir, entre outros, a verificação de quem possui autoridade para regulamentar condutas dentro de um determinado sistema jurídico ou, até mesmo, qual o grau de liberdade atribuído aos diversos agentes na interpretação e aplicação do Direito.

Como se verá, a partir do debate da teoria do direito como planejamento será possível proceder uma reconstrução teórica que ajudará a desvelar e, ao mesmo tempo, apresentar uma interessante justificativa para a compreensão e constatação da imprescindibilidade do reconhecimento dos precedentes vinculantes, em especial quando confrontarmos suas reflexões com o sistema jurídico brasileiro.

De início, deve-se destacar que a obra de Shapiro se insere na Filosofia do Direito analítica<sup>22</sup>. Busca, assim, apresentar uma resposta inovadora para a persistente - e abrangente - questão "o que é Direito?"<sup>23</sup>, a partir do diálogo sobre os avanços e limitações das teorias já desenvolvidas no marco da tradição positivista.

---

<sup>20</sup> Esclarece-se, desde já, que ao longo do presente trabalho não é utilizada a palavra caráter no sentido das qualidades morais e mentais de um determinado agente, mas sim como os seus peculiares traços distintivos.

<sup>21</sup> SHAPIRO. **Legality**. Op. cit. p. 34.

<sup>22</sup> A filosofia do direito analítica, ao contrário de sua vertente normativa que se preocupa com as fundações morais do direito, seja em uma perspectiva crítica - como o direito deveria ser a partir do ponto de vista moral -, seja em uma perspectiva interpretativa - busca pelos reais fundamentos morais ou da lógica subjacente ao direito existente -, examina seus fundamentos metafísicos. Assim, as questões objeto de reflexão dizem respeito à natureza do direito e das entidades jurídicas (*legal entities*), tais como sistemas jurídicos, leis, regras, direitos, autoridade, validade, obrigação, interpretação, cortes, etc. SHAPIRO. **Legality**. Op. cit. p. 2-4.

<sup>23</sup> Logo nas primeiras linhas de seu livro *The Concept of Law*, Herbert Hart trata das perplexidades da teoria do direito e sintetiza que poucas questões referentes à sociedade humana foram levantadas de modo tão persistente e respondidas de formas tão diversas, singulares e paradoxais e, ressalta, por tão variados e importantes pensadores, quanto a questão "o que é o direito". HART, Herbert L. A. **The Concept of Law**. (1961) 2ª Ed. Oxford: Oxford University Press, 1997. p. 1.

Procede dessa maneira sem deixar, também, de procurar apresentar respostas às objeções (fracas e fortes) que foram feitas contra as teorias positivistas por autores que se incluem na tradição do direito natural.

Shapiro dá início à sua reflexão apresentando as questões metodológicas a serem enfrentadas, em especial a partir da noção de fato jurídico. Fatos jurídicos são, para ele, aqueles que dizem respeito à existência ou o conteúdo de um determinado sistema jurídico<sup>24</sup>.

Esses fatos, como se pode imaginar, nunca são fatos primeiros, iniciais, que emergem do nada. Ou seja, sempre são determinados por outros fatos externos, em uma dinâmica de constante afirmação e questionamento.

Por exemplo, uma lei não existe por si só na natureza. Sua existência pode decorrer de outro fato, tal qual a sua aprovação conforme o processo legislativo. Ou então se pode pensar em outro exemplo, como a edição de um determinado precedente judicial, cujo grau de vinculatividade pressupõe, como critério mínimo, a existência de uma corte dotada de autoridade no sistema para editá-lo.

Assim, a existência de uma determinada norma jurídica ou de um sistema jurídico, quando considerado globalmente, é sempre dependente de algum outro fator externo, constatação que molda de forma específica a prática jurídica enquanto prática argumentativa.

Ao fim e ao cabo é necessário perguntar: o que efetivamente ocorre quando não há mais fatos externos a recorrer? Como se estabelece a autoridade das normas fundamentais de um sistema jurídico, os seus planos mestres, tal qual a constituição, evitando um regresso ao infinito?

Nas reflexões sobre o direito apresentaram-se dois principais e antagônicos grupos de resposta para esse questionamento<sup>25</sup>.

De um lado, as dos positivistas, para quem todos os fatos jurídicos são determinados apenas por fatos sociais. Para essas soluções as questões sobre a existência ou o conteúdo de um sistema jurídico devem ser estabelecidas com referência tão somente àquilo que determinadas pessoas pensam, planejam, reivindicam ou fazem.

---

<sup>24</sup> SHAPIRO. **Legality**. Op. cit. p. 25-27.

<sup>25</sup> SHAPIRO. **Legality**. Op. cit. p. 27-29.

É claro que se trata de uma primeira aproximação, pois não se pode negar a existência das controvérsias entre os diversos pensadores juspositivistas sobre a própria natureza dos fatos fundamentais. Isso não exclui a possibilidade de ver que, como critério comum a eles, está a consideração de que os fatos fundamentais são determinados socialmente<sup>26</sup>.

De outro lado, há as respostas dos que defendem o direito natural, para quem os fatos jurídicos são, em última análise, determinados não apenas pelos fatos sociais, mas também pela própria moralidade.

É possível perceber desde já que o desacordo entre positivistas e adeptos do direito natural diz respeito às propriedades consideradas necessárias, essenciais, do direito, ou seja, sobre aquilo que fundamentalmente o constitui.

Perquirir sobre esse elemento, sobre a sua natureza fundamental, desdobra-se, porém, em duas diferentes indagações.

A primeira é a chamada questão da identidade (*identity question*): quais propriedades necessariamente o direito possui que o diferenciam de qualquer outro fenômeno? A segunda, por sua vez, é a questão da implicação (*implication question*): qual ou quais são as necessárias consequências de o Direito ser o que é?

Nem sempre se buscou responder às duas questões conjuntamente, algo que a teoria do direito como planejamento se dispõe a fazer.

Como explica Aldo Schiavello<sup>27</sup> a conexão entre direito e moral apresenta duas diferentes facetas: uma no plano da justificação e outra no plano da identificação do direito. Ou seja, tanto nos níveis conceitual e justificatório, de um lado, quanto no normativo, de outro<sup>28</sup>.

---

<sup>26</sup> "We will draw a methodological line at the social and the moral and treat social and moral facts as though they were ultimate. Our taxonomy of legal philosophers, therefore, will only consider those 'above the line' positions. We will, for example, count people as legal positivists as long as they think that legal facts are determined by social facts alone, regardless of whether they also believe that the social facts that ground legal facts are further reducible to moral facts". SHAPIRO. **Legality**. Op. cit. p. 44.

<sup>27</sup> SCHIAVELLO, Aldo. Rule of Recognition, Convention and Obligation: What Shapiro Can Still Learn from Hart's Mistakes. In: CANALE, Damiano; TUZET, Giovanni (Org.). **The Planning Theory of Law: A Critical Reading**. Dordrecht: Springer, 2013. p. 65-87. p. 67-68.

<sup>28</sup> Para uma revisão sobre a tese da separação entre direito e moral no marco do positivismo, com a proposta de que hoje seja compreendida apenas no plano da validade jurídica em sua dimensão formal, e não material, em que o raciocínio moral se faria necessariamente presente, ver PINO, Giorgio, Positivism, Legal Validity, and the Separation of Law and Morals, **Ratio Juris**, [S.I.], V. 27, No. 2, p. 190-217, Jun. 2014.

Assim, é importante ressaltar que para Shapiro a tese da separação entre direito e moral constitui efetivamente um ponto de debate entre positivistas e adeptos do direito natural apenas quando compreendida no plano da questão da identidade, e não de suas necessárias implicações<sup>29</sup>.

De todo modo, para enfrentar esse desafio (responder conjuntamente às questões de identidade e implicação), Shapiro lança mão do método da análise conceitual ou reconstrução racional. Trata-se de um processo investigativo que faz uso de um determinado conceito para analisar a natureza das entidades que são por ele abrangidas.

Para o método, a chave para a compreensão do objeto de investigação (no caso, o direito) decorre, em um primeiro momento, do acúmulo de truísmos sobre ele<sup>30</sup>. Truísmos não apenas se referem a estados de coisas considerados verdadeiros, mas aqueles considerados manifestamente verdadeiros. Isso não deixa de abrir, portanto, e em um primeiro momento, espaço para a intuição.

Os truísmos incluem percepções sobre as instituições jurídicas básicas, normas jurídicas, autoridade, motivação, objetividade, entre outros. Busca-se, então, a construção de uma teoria que responda adequadamente ao maior número de truísmos possível<sup>31</sup>.

Alerta-se, porém, que "(...) não devemos deduzir do fato de que a análise conceitual deve partir de juízos truístas que ela necessariamente resultará em teorias truístas".<sup>32</sup>

É imprudente (para não dizer, impossível) buscar apresentar respostas às questões de identidade e implicação ignorando que vivemos em um mundo com

---

<sup>29</sup> SHAPIRO. **Legality**. Op. cit. p. 405.

<sup>30</sup> "An adequate theory of law will account for its important features. These important features will include beliefs and attitudes that people commonly have about law. Law is a concept that is not the invention of theorists but is one that normal adults are not only familiar with but employ on a frequent if not every day basis. (...) surely the truisms current across communities that are in possession of both a legal system and a concept of law are of central significance (...)". EDMUNDSON, William A., *Why Legal Theory is Political Philosophy*, **Legal Theory**, [S.l.], V. 19, No. 4, p. 331-346, Dez. 2013, p. 336-337.

<sup>31</sup> SHAPIRO. **Legality**. Op. cit. p. 15-17

<sup>32</sup> Tradução livre de: "(...) we should not infer from the fact that conceptual analysis is supposed to start from truistic judgements that it will necessarily end in truistic theories". SHAPIRO. **Legality**. Op. cit. p. 18.

grande diversidade ideológica e desacordos morais, de modo que não podem ser deixados de lado, inclusive, os potenciais desacordos sobre truísmos<sup>33</sup>.

Um dos principais *insights* de Shapiro é o de que considerar alguma propriedade de um objeto de análise conceitual como necessária é, em certa medida, contextualmente relativo. Não em um sentido paroquial (ou seja, a partir da reflexão sobre as especificidades de um sistema jurídico concreto), mas sim que dados fenômenos aparecem como mais perplexos e interessantes para a Filosofia do direito em geral em um determinado momento histórico, o que adiciona à investigação um elemento inegavelmente variável.

Bem por isso não se deve esperar que qualquer teoria do direito seja definitiva e completa<sup>34</sup>, o que explica o porquê de a questão "o que é o direito?" ser tão persistente e, as tentativas de respostas a ela apresentadas, serem tão importantes.

Evidencia-se, assim, como o papel desempenhado pelas intuições no acúmulo de truísmos é apenas provisório. A reconstrução racional se desenvolve aliada a importantes instrumentos e dispositivos analíticos para buscar superar as dificuldades decorrentes da intuição, fazendo uso das mais diversas estratégias intelectuais. Entre essas se incluem a comparação, a solução de paradoxos teóricos, a construção hipotética de sistemas jurídicos e a análise anedótica da própria formação de sistemas jurídicos<sup>35</sup>.

---

<sup>33</sup> Apresentar respostas a essa complexidade é um dos impactos relevantes da teoria do direito como planejamento para as questões ligadas à interpretação do direito.

<sup>34</sup> "(...) whether philosophers will find a certain necessary property interesting is to some extent context specific: it depends on which issues and phenomena seem most perplexing at a given time. As a result, we should not expect any theory of law to be complete. Each generation identifies new questions, and these newly salient challenges affect which properties legal philosophers will seek to catalog and study" SHAPIRO. **Legality**. Op. cit. p. 10.

<sup>35</sup> Shapiro menciona especificamente quatro distintas estratégias analíticas: a comparativa, a solução de quebra-cabeças, a construtivista e a anedótica. A primeira constitui em traçar comparações com instituições e práticas sociais que são similares, porém não idênticas ao direito. A solução de quebra-cabeças diz respeito à busca de respostas aos grandes paradoxos teóricos que envolvem temas como autoridade, obrigação e interpretação jurídicas. A estratégia construtivista, por sua vez, tem início quando se parte de uma situação bastante simples, compreensível e não jurídica e se usa esse cenário para tentar imaginar que alterações deveriam ser feitas para transformá-lo em um sistema jurídico. Por fim, a estratégia anedótica refere-se ao estímulo do pensamento sobre o direito a partir do exame do indícios históricos sobre a formação dos sistemas jurídicos. SHAPIRO. **Legality**. Op. cit. p. 18-22.

De todo modo, resgatando o problema dos fatos jurídicos, o primeiro e mais premente paradoxo analítico a ser enfrentado pela teoria do direito é o "enigma da possibilidade" (*possibility puzzle*).

Em síntese, trata-se de questão que se assemelha ao dilema do ovo e da galinha. A existência do direito parece pressupor a existência de normas que conferem a alguns indivíduos o poder de criar normas jurídicas (o "princípio ovo"), ao passo que a existência de uma norma que confere poder para criação de normas pressupõe a existência de indivíduos com poder para criar essas mesmas normas (o "princípio galinha")<sup>36</sup>.

Para se evitar aqui a regressão infinita há, principalmente, duas diferentes opções: ou bem se rejeita o "princípio ovo", encontrando um determinado grupo cuja autoridade não derive de alguma norma (uma "autoridade final"), ou bem, por outro lado, se rejeita o "princípio da galinha", encontrando-se uma norma que confira poderes para criar normas, mas que não seja, ela própria, criada por alguém com semelhante poder (uma "norma final")<sup>37</sup>.

Os adeptos do direito natural tendem a adotar a primeira solução, atribuindo a uma "autoridade final" a condição de existência do direito. Isso se dá, pelo menos desde o advento do Iluminismo, não mais a partir da ideia de uma entidade divina dotada de superioridade moral (direito natural teológico), mas atribuem esse fundamento à autoridade moral de certas comunidades para determinar os termos e a direção da cooperação social.

Ou seja, coloca-se, a partir do léxico instaurado com a modernidade, o povo como elemento central da construção do jurídico. Assim, a autoridade moral do povo, por sua vez, decorreria diretamente dos princípios da moralidade política, apresentando uma resposta ao paradoxo.

As soluções positivistas, de outro canto, apresentaram diversas possíveis respostas para o "enigma da possibilidade", não raras vezes ligadas à ideia de uma norma final. Shapiro<sup>38</sup> faz uso de dois principais exemplos teóricos, com os quais

---

<sup>36</sup> SHAPIRO. **Legality**. Op. cit. p. 36-40.

<sup>37</sup> SHAPIRO. **Legality**. Op. cit. p. 42.

<sup>38</sup> SHAPIRO. **Legality**. Op. cit. p. 43.

dialogará, direta ou indiretamente. O primeiro é o imperativismo de John Austin<sup>39</sup>, para quem a autoridade do soberano decorreria de sua *capacidade de coagir*; o segundo a teoria da prática social da deferência, construída por Herbert Hart<sup>40</sup>.

Os dois grupos de respostas, porém, enfrentam importantes desafios teóricos. Enquanto os positivistas devem lidar com o chamado Desafio de Hume<sup>41</sup>, os adeptos do direito natural enfrentam o chamado problema do mal.

Como explica Aldo Schiavello:

As teorias do direito natural são perturbadas por aquilo que Shapiro denomina 'o problema do mal': se a existência do direito depende de fatos morais, como é possível explicar a existência de sistemas jurídicos maus ou perversos? O positivismo jurídico tem, ao invés, de enfrentar o que pode ser referido como 'o desafio de Hume'; tem que explicar como é possível fundamentar a existência do direito exclusivamente em fatos sociais sem violar a Lei de Hume que nos proíbe de '*derivar juízos normativos sobre direitos e deveres de juízos descritivos sobre fatos sociais*'<sup>42</sup>.

A tese fundamental de Shapiro é construída a partir do diálogo com as respostas anteriormente fornecidas a esses paradoxos. Sua teoria insere-se no marco da tradição do positivismo jurídico, em especial do positivismo jurídico

<sup>39</sup> AUSTIN, John. **The Province of Jurisprudence Determined and The Uses of the Study of Jurisprudence**. (1832 e 1863) Indianapolis: Hackett Publishing Company, 1998.

<sup>40</sup> HART. **The Concept of Law**. Op. cit.

<sup>41</sup> A Lei de Hume diz respeito à impossibilidade de que não se pode deduzir um *dever ser* (elemento normativo) de um *ser* (elemento descritivo). Nas palavras de Hume: "In every system of morality, which I have hitherto met with, I have always remark'd, that the author proceeds for some time in the ordinary way of reasoning, and establishes the being of a God, or makes observations concerning human affairs; when of sudden I am surpriz'd to find, that instead of the usual copulations of propositions, is, and is not, I meet with no proposition that is not connected with an ought or an ought not. This change is imperceptible; but it, however, of the last consequence. For as this ought or ought not, expresses some new relation or affirmation, 'tis necessary that it shou'd be observ'd and expain'd; and at the same time that a reason should be given, for what seems altogether inconceivable, how this new relation can be a deduction from others, which are entirely different from it. But as authors do not commonly use this precaution, I shall presume to recommend it to the readers; and I am persuaded that this small attention wou'd subvert all the vulgar systems of morality, and let us see, that the distinction of vice and virtue is not founded merely on the relations of objects, nor is perceiv'd by reason" HUME, David. **A Treatise of Human Nature**. (1738) Oxford: Clarendon Press, 1896. p. 469-470.

<sup>42</sup> Tradução livre de: "Natural law theories are embarrassed by what Shapiro calls 'the problem of evil: if the existence of law depends on moral facts, how is it possible to explain the existence of evil or wicked legal systems? Legal positivism has instead to face that can be referred to as 'Hume's challenge'; it has to explain how it is possible to ground the existence of law exclusively upon social facts without violating Hume's Law prohibiting us 'to derive normative judgments about legal rights and duties from descriptive judgments about social facts'". SCHIAVELLO. Rule of Recognition..., Op. cit., p. 66.

exclusivo<sup>43</sup>. Sua estratégia intelectual passa pela comprovação de que existe outro *locus* cuja normatividade pode ser apurada tão somente mediante observação social e não moral. Esse ambiente, para ele, diz respeito à esfera do planejamento.

No universo do planejar o método adequado para estabelecer a existência de planos refere-se apenas à sua adoção e aceitação. Como diz, "(...) o positivismo é trivial e incontrovertidamente verdadeiro no caso de planos: a existência de um plano é uma coisa, ao passo que seus méritos ou deméritos outra bastante diferente"<sup>44</sup>.

Para a inovadora tese proposta pelo autor as condições de existência para o direito são idênticas a dos planos, pois as regras fundamentais dos sistemas jurídicos são verdadeiramente planos, cuja função é estruturar a atividade jurídica (o exercício da autoridade jurídica).

A atividade jurídica está teleologicamente voltada para permitir que participantes possam agir conjuntamente e, desse modo, obter bens e implementar valores que não seriam de outro modo alcançáveis<sup>45</sup>. É importante perceber que o exercício da autoridade jurídica é visto fundamentalmente, para o autor, como uma forma de planejamento social.

Assim, as instituições jurídicas criariam planos para as comunidades sobre as quais reivindicam autoridade, de modo que as normas jurídicas nada mais seriam do que planos generalizados postos por aqueles que têm autoridade para planejar<sup>46</sup>.

Ademais, as normas jurídicas constituem categoria que também inclui normas assemelhadas a planos (*planlike*), tais como as que têm origem costumeira, por exemplo, desde que essas sejam incorporadas a *planos maiores*, ou seja, façam parte da estrutura composta de um plano mais amplo.

O exercício da jurisdição, no qual se tem particular interesse, envolveria, assim, em grande parte, a aplicação<sup>47</sup> desses planos ou normas a eles assemelhadas àqueles cujas condutas buscam guiar e avaliar.

---

<sup>43</sup> Uma boa visão geral sobre o debate entre positivismo inclusivo e exclusivo pode ser encontrada em DIMOULIS. **Positivismo Jurídico...** Op. cit., p. 132-146.

<sup>44</sup> Tradução livre de: "(...), positivism is trivially and uncontroversially true in the case of plans: the existence of a plan is one thing, its merits or demerits quite another". SHAPIRO. **Legality**. Op. cit. p. 119.

<sup>45</sup> SHAPIRO. **Legality**. Op. cit. p. 119.

<sup>46</sup> SHAPIRO. **Legality**. Op. cit. p. 155.



Feitas essas considerações iniciais, para que se possa prosseguir na exposição do projeto teórico da teoria do direito como planejamento é preciso compreender o que efetivamente se entende por planos e planejamento.

### 1.1. O QUE SÃO PLANOS

Logo de partida, ressalta-se que a ideia de planos trazida pela teoria do direito como planejamento não decorre apenas de um uso acrítico dos instrumentos teóricos desenvolvidos pela ontologia social e pelas teorias da ação humana, em especial das teorizações do filósofo da ação Michael E. Bratman, da Universidade de Stanford, ao campo de análise do direito.

Mais do que isso, Shapiro busca problematizar e desenvolver esses instrumentos teóricos de modo a permitir a sua adaptação para a compreensão de atividades massivas compartilhadas (*massively shared agency*), entre as quais inclui a atividade jurídica.

Isso porque, como explica, o mundo contemporâneo é caracterizado pela vida social e pelas atividades de larga escala, impondo a ação de diversas pessoas a fim de que os mais diversos objetivos possam ser alcançados<sup>47</sup>.

Apesar de recentemente as teorias da ação humana terem tido uma virada em direção à compreensão das formas de ação compartilhada, sem algumas necessárias adaptações essas teorias não são suficientes para dar conta das atividades massivas.

---

<sup>47</sup> Apesar de parecer, em um primeiro momento, que a teoria de Shapiro restringiria ao Judiciário o papel de *aplicador* de planos, na realidade abre espaço para que se compreenda, quando aplicada a sistemas jurídicos concretos, a *complexidade*, e não raras vezes, sobreposição de funções atribuídas a vários agentes a partir da noção de planejamento. Para tanto mostra como é imprescindível tomar em conta a distribuição da confiança realizada pelo sistema jurídico concreto. Buscar-se-á demonstrar que no caso brasileiro, assim como no estadunidense que o autor utiliza para exemplificar pontos de sua teoria, não apenas se atribui à jurisdição o papel de *aplicação* dos diversos planos ou de normas assemelhadas a planos que compõe o sistema jurídico, mas também um papel central na *confecção incremental* dos próprios *planos* e, conseqüentemente, do direito. Isso se dá, em grande parte, pelo caráter incompleto da regulação jurídica e da textura aberta da linguagem em que são vertidos os textos jurídicos, temas que, como se percebe, necessariamente devem enfrentar o problema da interpretação.

<sup>48</sup> SHAPIRO, Scott J. *Massively Shared Agency. Teoria e Critica della Regolazione Sociale - TCRS*, Intenzionalità Collettiva e Figure della Responsabilità, No. 5, Quaderno 2011, Disponível em < <http://mimesisedizioni.it/journals/index.php/tcrs/article/view/30/28>>. Acesso em 20/11/2014. p. 2-3.

Isso ocorre por duas diferentes razões: i) não foi dada a devida atenção a análise de atividades que envolvam estruturas de autoridade; ii) concentrou-se demais na análise de atividades compartilhadas entre poucos participantes, os quais são altamente comprometidos com o sucesso da atividade. Ou seja, quanto a esse último ponto em especial não se previu a possibilidade de participantes alienados.

São essas lacunas específicas que a teoria dos planos e da ação compartilhada busca preencher.

De outro canto, não se podem ignorar os ganhos da análise do direito a partir da ontologia social. Como explica Carlos Bernal Pulido, a ontologia social é um ramo da filosofia analítica que estuda a natureza das entidades pertencentes à realidade social. Essas entidades são de um lado, epistemologicamente objetivas e, de outro, ontologicamente subjetivas, pois são diretamente dependentes das atitudes dos agentes que participam nas práticas em que elas próprias estão fundadas<sup>49</sup>.

Já aqui é possível ver a ligação direta da ontologia social com o método da reconstrução racional utilizado por Shapiro. A teoria do direito como planejamento é uma teoria socio-ontológica do direito, ou seja, que adota a tese da prática social, compreendida como um conjunto de recorrentes ações intencionais coletivas<sup>50</sup>.

A importância da compreensão da visão de Shapiro sobre planos decorre do fato de que mais do que apenas buscar fazer uma analogia entre leis (em sentido amplo) e planos, propõe-se que as condições para existência do direito são idênticas às dos planos.

---

<sup>49</sup> BERNAL PULIDO, Carlos, Austin, Hart e Shapiro: Três Concepções sobre o Direito como Entidade Fundada em uma Prática Social, **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, [S.l.], No. 107, p. 43-98, Jul./Dez. 2013. p. 46.

<sup>50</sup> Explica Pulido, ainda, que "(...) há ao menos duas condições necessárias que são comuns às mais emblemáticas perspectivas de ações intencionais coletivas: 1. A ação deve ser realizada por vários indivíduos atuando coletivamente como um grupo. Uma ação coletiva não é nem uma ação de um agente coletivo com sua própria mente e nem a mera soma de ações paralelas e não-relacionadas de vários agentes individuais. 2. Agentes individuais agindo conjuntamente devem atuar de acordo com, e por causa de, certas "intenções na primeira pessoa do plural" (*we-intentions*). Intenções na primeira pessoa do plural são intenções com conteúdo especial. O seu conteúdo faz com que o grupo realize a ação relevante por meio da ação individual adequada. (...) Teorias do direito que defendem, explícita ou implicitamente, a tese da prática social pretendem explicar que tipo de agentes participam nele. Qual é o conteúdo de suas intenções na primeira pessoa do plural? Como eles compartilham conhecimento adequado acerca do que eles estão fazendo conjuntamente? Como eles se relacionam entre si em um grupo ou em grupos para construir instituições jurídicas? Como a normatividade surge em meio a este quadro institucional? E como é possível distinguir a prática jurídica e outros tipos de prática social e atividades intencionais coletivas?" BERNAL PULIDO. Austin, Hart... Op. cit. p. 48-50.

Isso porque as próprias regras<sup>51</sup> fundamentais dos sistemas jurídicos são planos cuja função é estruturar o exercício da autoridade jurídica<sup>52</sup>.

Para desenrolar a análise, primeiramente se investigam as formas de ação humana com as quais comumente se está familiarizado (o planejamento individual e de pequena escala), para somente então partir para os casos menos compreendidos (a atividade massiva compartilhada e a atividade jurídica).

Procede-se assim para demonstrar que a atividade de planejar é bastante diversa, podendo ser realizada de vários modos e em várias etapas. Os planos dela resultantes possuem uma estrutura rica e assumem as mais variadas formas, o que autoriza os planejadores a combiná-los para construir novas - e, como se verá, bastante sofisticadas - tecnologias de planejamento.

São essas técnicas de planejamento que permitem aos participantes em atividades compartilhadas que se enfrentem ambientes complexos, controversos e arbitrários<sup>53</sup>, bem como são responsáveis pela redução dos custos da deliberação, de um lado, e pelo aumento da previsibilidade do comportamento de outro, incentivando, ao final, uma postura de maior respeito ético no seio da comunidade<sup>54</sup>.

---

<sup>51</sup> É preciso frisar que no debate anglo-americano não é incomum a utilização indistinta dos termos regra e norma. Shapiro demonstra preferência pela utilização do termo *norma* para se referir a qualquer *standard* que deve guiar conduta e servir como base para avaliação ou crítica. Normas, ademais, não se confundem com o *texto* de onde brotam, nem das frases que as representam. Como seu próprio nome indica, são *normativas* e não *descritivas*, de modo que elas não dizem exatamente o que os sujeitos irão fazer, mas sim o que eles, em certo sentido, são autorizados, devem ou podem fazer. SHAPIRO. **Legality**. Op. cit. p. 40-42. Todavia, em diversas passagens, como ao tratar das regras fundamentais do sistema jurídico, percebe-se em Shapiro os reflexos da tradição em que está inserido, verificando-se o uso mais geral do termo regra. Isso não significa que o autor ignora o sentido estrito decorrente da distinção estrutural ou funcional-aplicativa entre regras, princípios e *standards*, os três, para ele, entidades normativas. Ibidem, p. 409. Ou seja, ao falar em regras fundamentais do sistema jurídico não está o autor querendo dizer que as normas fundamentais do sistema jurídico apenas possuem estrutura regra. Para evitar más-compreensões e, ao mesmo tempo, não perder a fluidez do raciocínio e a fidelidade às ideias do autor, serão mantidos os termos por ele utilizados, procurando deixar claro, no correr da exposição, quando o termo regra é utilizado em um sentido estrito, contrapondo-se a princípio ou standard.

<sup>52</sup> SHAPIRO. **Legality**. Op. cit. p. 119.

<sup>53</sup> SHAPIRO. **Legality**. Op. cit. p. 120.

<sup>54</sup> SHAPIRO. **Legality**. Op. cit, p. 152-153.

### 1.1.1. Planejamento para Atividades Individuais

Planejar (e conseqüentemente "planejar para" um determinado contexto de ação) pode significar tanto uma atividade quanto um estado mental. No primeiro sentido constitui o processo de formular um plano para futura adoção. Diz respeito, portanto, ao planejamento visando a atingir um determinado objetivo.

No segundo sentido, por sua vez, refere-se ao estado mental que alguém possui após a adoção de um plano. Ou seja, pode ser compreendida como o planejamento para agir de uma determinada maneira ou, dito de outro modo, o planejamento de que um determinado estado de coisas se realize.

Nesse sentido, o planejamento como estado mental confunde-se com a intencionalidade do agente<sup>55</sup>. Planos, porém, são entidades abstratas proposicionais que exigem, permitem ou autorizam, ou seja, especificam a ação (ou inação) de um agente dependendo da ocorrência de determinadas circunstâncias e contingências concretas fixadas pelo próprio plano<sup>56</sup>.

Dessa forma, não se referem ao estado mental de "ter um plano", aproximando-se mais, na concepção de Shapiro, da ideia de atividade. Bem por isso não se restringem tão somente à intencionalidade do agente. Não se pode negar, porém, que os planos individuais são criados a partir da intencionalidade, visando a guiar sua ação futura<sup>57</sup>.

De qualquer sorte, as intenções utilizam-se dos planos como os seus objetos, ou seja, como mecanismos que permitem atingir complexas finalidades que superam a nossa capacidade de adequada e continuamente deliberar a respeito da melhor escolha a ser tomada a cada momento de ação.

Assim, como se pode imaginar, planos que digam respeito apenas a fixação de uma dada finalidade tendem a ser bastante gerais. Bem por isso precisam de

---

<sup>55</sup> SHAPIRO. *Massively Shared Agency...* Op. cit. p. 29.

<sup>56</sup> SHAPIRO. **Legality**. Op. cit. p. 127.

<sup>57</sup> Apesar de, ao contrário de Shapiro, Michael Bratman falar textualmente que planos são estados mentais ou intenções em larga escala, explica que são estados mentais que envolvem uma espécie de compromisso para a ação. Ou seja, se é certo que planos compartilham elementos com as intenções, igualmente certo que, por seu aumento de complexidade, revelam outras propriedades que são cruciais para o entendimento de um raciocínio centrado nesse compromisso, tais como as demandas por consistência, como se verá mais adiante. BRATMAN, Michael E. **Intention, Plans and Practical Reason**. (1987) Stanford: CSLI Publications, 1999. p. 29.

outros planos que especifiquem os meios, as etapas preliminares e até mesmo os cursos de ação mais específicos que permitirão a sua implementação.

Dessa forma, quando se cria um plano para especificar um determinado meio para realizar outro plano, constata-se uma das características mais fundamentais da atividade de planejar: planos são necessariamente parciais.

É pelo fato de sua parcialidade que devem aos poucos somar-se uns aos outros para formar estruturas mais amplas, ou seja, um plano maior, do qual, na realidade e quando vistos em perspectiva, são subplanos.

Quanto mais detalhes vão sendo adicionados diacronicamente a partir dos subplanos, constata-se que é verdadeiramente a partir de seu desenvolvimento incremental que os planos tornam-se mais completos e, conseqüentemente, mais úteis<sup>58</sup>.

Ao serem preenchidos, os planos assumem uma estrutura nidificada<sup>59</sup>, que explica em que medida as deliberações passadas moldam o planejamento no presente.

Como se vê, a atividade de planejar não ocorre no vazio. Os planos não servem apenas para organizar o comportamento, mas acabam por proceder um verdadeiro caráter metaplanejatório: organizam a forma como se pensa sobre o modo de organizar o comportamento futuro<sup>60</sup>.

Ou seja, a deliberação presente fica confinada somente às opções que não foram completamente excluídas pelas decisões passadas, materializadas nos próprios planos<sup>61</sup>.

Isso faz ver como o planejamento, assim compreendido, mostra-se como um componente central para a ação humana. É uma constatação que beira à trivialidade

<sup>58</sup> SHAPIRO. **Legality**. Op. cit. p. 121.

<sup>59</sup> O termo utilizado em inglês é *nested*. Mais do que o sentido de ninho como a estrutura de construída por um animal para seu abrigo, significa *o encaixe de um objeto dentro de outro maior* (BUXTON, Charlotte *et alii*. **Oxford American Dictionary and Thesaurus**. 2ª Ed. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 867). Não se trata, porém, de algo parecido a uma boneca russa *matryoshka*, em que haveria mera "repetição" dos planos em subplanos menores. A estrutura nidificada decorre da ideia de que os subplanos surgem a partir da necessidade de se continuar planejando a fim de implementar os próprios planos incrementalmente.

<sup>60</sup> "Prior intentions and plans, then, provide a background framework against which the weighing of desire-belief reasons for and against various options is to take place. This framework helps focus deliberation: it helps determine which options are relevant and admissible". BRATMAN. **Intention, Plans...** Op. cit. p. 33-34.

<sup>61</sup> SHAPIRO. **Legality**. Op. cit, p. 121.

o fato de os humanos não serem unidimensionais, ou seja, serem possuidores de desejos variados e buscarem atingir os mais diversos fins. Isso por si só demandaria coordenação, o que é fornecido adequadamente pela ideia de plano. Para além dessa razão, porém, é possível elencar motivações de ordem pragmática para o planejamento individual.

Em especial, indicam-se dois diferentes fatores<sup>62</sup>: i) planos servem como uma medida econômica, reduzindo os custos da deliberação racional, de modo a preservar nossa racionalidade limitada (ou seja, não reabrem integralmente a deliberação a cada momento de ação); ii) o planejamento antecipado permite que nos protejamos da nossa falta de confiança em nosso *eu* futuro, permite, ao fim e ao cabo, que se crie um mecanismo para proteção de capacidade (ou falta de capacidade) deliberativa que se pressupõe se fará ou não presente no momento da efetiva ação.

Fica claro, portanto, que para atingir essas finalidades a natureza incremental dos planos é uma exigência da própria racionalidade instrumental. É necessário, portanto, que os planos sejam adequadamente preenchidos ao longo do tempo<sup>63</sup>.

De outro canto, não basta qualquer preenchimento. Também constitui uma exigência racional que os planos sejam, a um só tempo, interna e externamente consistentes (ou seja, consistentes entre si).

Bem por isso, planos devem ser relativamente estáveis e resistentes à reconsideração. Caso contrário, ou seja, sem consistência e estabilidade<sup>64</sup>, não conseguirão resolver os problemas das limitações das capacidades cognitivas e reduzir os custos da deliberação<sup>65</sup>.

---

<sup>62</sup> SHAPIRO. **Legality**. Op. cit. p. 122.

<sup>63</sup> Há um argumento pragmático para deixar determinados aspectos dos planos *abertos* até o efetivo momento da ação que é relacionado à possível ausência de informação completa sob o objeto da ação que se pretende regular. Isso porque, espera-se, quanto mais perto da sua efetiva implementação, mais detalhes importantes, e provavelmente turvados ou não previstos antecipadamente no momento inicial do planejamento, tornar-se-ão mais nítidos.

<sup>64</sup> As ideias de consistência e estabilidade dos planos serão particularmente importantes para a conexão que será proposta mais adiante de que a compreensão de que o planejamento jurídico não pode renunciar a importância do instrumento do precedente.

<sup>65</sup> SHAPIRO. **Legality**. Op. cit. p. 123-124.

Delineados esses elementos, não se pode ignorar também que o planejamento pode ser realizado de duas principais e distintas formas: tanto de baixo para cima (*bottom-up planning*), quanto de cima para baixo (*top-down planning*).

No planejamento de cima para baixo o *planejador* começa com a definição de um ação global a ser realizada, desdobrando-a em algumas tarefas menores, até se chegar ao ponto em que não mais é necessário planejamento posterior. No planejamento de baixo para cima, por sua vez, a atividade tem início a partir de vagas noções sobre os objetivos a serem alcançados, seguindo-se a definição das tarefas menores e mais concretas. Uma vez definidas, segue-se um ajuste desses recém criados subplanos, buscando sua consistência até se atingir a suficiência para a consecução do objetivo final<sup>66</sup>.

Não há uma prevalência, em princípio, de um dos métodos de planejar. Ambos podem ser conciliados em concreto a partir da compreensão do agente em relação à natureza da atividade que pretende desenvolver.

Os elementos acima delineados estão ligados à adoção de um plano, ou seja, o elemento que caracteriza a sua própria existência. Quanto à sua aplicação é necessário ressaltar que essa se dá em um sentido bastante específico e que deve ser destacado. Isso porque não significa tão somente "seguir" o plano.

Aplicar um plano significa utilizá-lo para guiar ou avaliar condutas, podendo dar-se tanto prospectivamente quanto retroativamente. A aplicação retroativa ocorre quando se avalia se uma determinada ação obedeceu ao plano. A prospectiva, por sua vez, quando se determinam, a partir do plano, quais são as ações requeridas, permitidas ou autorizadas naquelas circunstâncias de ação<sup>67</sup>.

A aplicação de um plano é, dessa forma, um processo que pode ser dividido, em três diferentes etapas. O aplicador deve determinar: i) o conteúdo do plano, ii) o contexto de sua aplicação; e iii) como ajustar-se ao plano naquele contexto. Ademais, ao determinar o conteúdo do plano, é necessária cautela de não se envolver em uma deliberação sobre o seu mérito (a razão de ser do próprio plano, a questão que ele se dispôs a resolver). Do mesmo modo, tem-se uma imposição

---

<sup>66</sup> SHAPIRO. **Legality**. Op. cit. p. 125.

<sup>67</sup> SHAPIRO. **Legality**. Op. cit. p. 126.

racional de que independente de quem efetivamente aplique o plano, no mínimo aquele que o adota deve assegurar que o plano será *por alguém* aplicado<sup>68</sup>.

Bem vistas as coisas, e já fixados alguns de seus principais traços caracterizadores, é possível dizer desde já que planos são normas. Para Shapiro uma norma é todo e qualquer *standard* que funciona como um guia para a conduta e um modelo para avaliação<sup>69</sup>. Quando adota um plano, o agente coloca-se sob o controle de uma norma. Esse poder de autossujeição decorre, por sua vez, dos princípios da racionalidade instrumental. Bem por isso, compele-se que se aplique o plano.

A construção das ideias de Shapiro<sup>70</sup> nesse ponto deve muito às compreensões de Bratman sobre intenção<sup>71</sup> e ação, para quem os seres humanos não apenas possuem o desejo de atingir objetivos complexos, mas também o de se fixar nessas metas e organizar condutas para efetivamente alcançá-los.

O poder de autossujeição é explicado pelo fato de os humanos serem, fundamentalmente, criaturas planejadoras<sup>72</sup>.

Se todos os planos são normas, porém, nem todas as normas são planos. Planos são entidades positivas, criadas pela sua adoção e mantidas mediante aceitação. Isso as diferencia, por exemplo, dos princípios da moralidade ou das leis da lógica. Mais do que isso, os planos são entidades criadas com um propósito específico, ou seja, criadas para serem normas. Isso não significa, como já se

<sup>68</sup> SHAPIRO. **Legality**. Op. cit. p. 126-127.

<sup>69</sup> Conforme nota 46.

<sup>70</sup> SHAPIRO. **Legality**. Op. cit. p. 119.

<sup>71</sup> Além do já mencionada coletânea *Intention, Plans and Practical Reason*, o desenvolvimento das ideias de Bratman pode ser encontrada em BRATMAN, Michael E. **Faces of Intention: Selected Essays on Intention and Agency**. Cambridge: Cambridge University Press, 1999, ou diretamente em seus seminais artigos BRATMAN, Michael E., Two Faces of Intention, **The Philosophical Review**, [S.I.], V. 93, No. 3, p. 375-405, Jul. 1984, e BRATMAN, Michael E., Shared Intention, **Ethics**, [S.I.], V. 104, No. 1, p. 97-113, Out. 1993. Ressalte-se, porém, que Shapiro não apenas se utiliza das compreensões de Bratman acriticamente, como se verá mais adiante.

<sup>72</sup> "The central fact is that we are planning agents. We frequently settle in advance on more or less complex plans concerning the future, and then these plans guide our later conduct. So much, anyway, is included in our commonsense understanding of the sort of beings we are. As planning agents we have two central capacities. We have the capacity to act purposively; and we have the capacity to form and execute plans. The latter capacity clearly requires the former; but it is plausible to suppose that the former could exist without the latter. Indeed, it is natural to see many nonhuman animals as having only the former capacity, and to see our possession of both capacities as a central feature of the sort of beings we are". BRATMAN. **Intention, Plans...** Op. cit. p. 2.



ressaltou, sua completude absoluta na regulação de condutas. Até porque planos são frequentemente parciais e devem ser vivificados, ou seja, desenvolvidos incrementalmente ao longo do tempo<sup>73</sup>.

Em síntese, os planos são um tipo especial de norma, caracterizada por três aspectos principais: i) possuem uma estrutura típica que é parcial, complexa e nidificada; ii) são criados por um específico processo que é propositivo, incremental e que compele os sujeitos a cumprir com as normas deles decorrentes; iii) são previstos com a finalidade de resolver questões sobre o que deve ser feito, ou seja, como se deve agir diante de determinadas circunstâncias<sup>74</sup>.

Por fim, é importante ressaltar que a característica de os planos serem entidades positivas, isso é, criadas através de um processo que pressupõe nomogênese - uma atividade nomotética - possui uma diferença específica quanto se trata do planejamento individual, coletivo ou em contextos institucionais.

No primeiro caso, do planejamento individual, tem-se referência a uma atividade psicológica que, se não se confunde com as intenções, a elas está ligada por ser seu gatilho. No contexto institucional, porém, um plano pode ser criado mesmo que aquele que o adotou não tenha pretendido criar uma norma.

Isso porque desde que o processo prescrito institucionalmente seja seguido, este por si só torna-se o fato relevante e não mais a intenção dos agentes<sup>75</sup>. Ou seja, uma vez constatado que se está agindo conforme um processo voltado para a criação de planos, novas normas são criadas como consequência dessa ação, independente da intenção do agente em criá-las ou não.

#### 1.1.2. Planejamento para Atividades Compartilhadas de Pequeno Porte

As razões para o planejamento em grupo, ou seja, para atividades compartilhadas de pequeno porte, são relativamente independentes dos benefícios pragmáticos de planejar ações futuras individuais. Em uma atividade compartilhada,

---

<sup>73</sup> SHAPIRO. **Legality**. Op. cit. p. 128.

<sup>74</sup> SHAPIRO. **Legality**. Op. cit. p. 129.

<sup>75</sup> SHAPIRO. **Legality**. Op. cit. p. 128.

os participantes devem buscar coordenar suas ações de modo a se beneficiarem do acúmulo de talentos individuais.

A estrutura dos planos compartilhados, porém, é bastante similar à dos planos individuais: também são tipicamente parciais, compostos e nidificados<sup>76</sup>.

Como explica Shapiro, "a utilidade de qualquer curso de ação não pode ser avaliado de forma isolada, mas apenas como parte de um vetor total de um esforço concentrado"<sup>77</sup>.

Uma forma de os participantes coordenarem suas ações nesses contextos é o improviso. A cada momento que se depara com vários cursos de ação possíveis o agente deveria avaliá-los a partir de suas previsões sobre como os outros agentes irão agir.

Esse, porém, não é um método adequado, pois nem sempre os participantes podem confiar uns nos outros para tomar as decisões corretas (por diversos motivos, tais como a própria parcialidade do conhecimento de cada um dos agentes diante da ação coletiva) ou mesmo concordam sobre o que efetivamente seriam as decisões adequadas naquele contexto, o que gera incontáveis e inevitáveis problemas de previsibilidade<sup>78</sup>.

Assim o planejamento é particularmente importante para as atividades compartilhadas, em especial pela sua função de controle. Isso porque mediante planejamento se permite que alguns participantes canalizem o comportamento dos demais em determinado sentido, permitindo que o uso de planos remedeie tantos os problemas de confiança quanto os de desacordo. Isso ocorre em especial, como explica Shapiro, quando as atividades compartilhadas são complexas, controversas ou possuem soluções arbitrárias (ou seja, quando se deve escolher entre os mais variados e igualmente possíveis - e viáveis - cursos de ação).

Atividades complexas são aquelas que exigem um grau significativo de conhecimento e habilidade, demandando capacidades cognitivas e consumo de recursos mentais. As atividades controversas, por sua vez, podem decorrer tanto da complexidade, quanto do fato de que os membros de um determinado grupo podem

---

<sup>76</sup> SHAPIRO. **Legality**. Op. cit, p. 130.

<sup>77</sup> Tradução livre de: "The utility of any course of action cannot be evaluated in isolation but only as part of a vector of total concerted effort". SHAPIRO. **Legality**. Op. cit. p. 131.

<sup>78</sup> SHAPIRO. **Legality**. Op. cit. p. 131-132.

ter diferentes valores ou preferências. E a arbitrariedade, por fim, é decorrência do fato de que inexistirá necessariamente um critério prévio ao planejamento para se escolher uma determinada solução face a multiplicidade de opções possíveis<sup>79</sup>.

Ter um plano ou compartilhar um plano coletivo ocorre apenas se os membros do grupo aceitam o plano. Essa aceitação, tal qual a ideia de aplicação do plano, também se dá em um sentido específico.

Ela ocorre quando o plano foi confeccionado, ainda que parcialmente, tendo o grupo em mente, ou seja, foi "pensado" para o grupo como uma atividade compartilhada constituída pelas ações individuais de cada um de seus membros. Isso, porém, não necessariamente implica que cada membro do grupo deve desempenhar um papel no desenvolvimento do projeto do plano<sup>80</sup>.

Quando se fala em um plano compartilhado, portanto, está-se bastante longe de querer implicar que o grupo tenha qualquer coisa parecida com uma mente coletiva que adotou o plano, o que seria, no mínimo, metafisicamente questionável<sup>81</sup>.

O que importa para as atividades compartilhadas é que o plano seja aceito, não apenas no sentido de aceitação do agente em relação ao seu papel individual diante do plano, mas também a partir de um compromisso em deixar que os outros membros do grupo façam as suas partes, ou seja, desempenhem os papéis a eles designados pelo plano<sup>82</sup>.

A ação ou atividade compartilhada se distingue da ação individual, dessa forma, em virtude dos planos dos agentes, que têm um conteúdo especial: visam a realização da ação de grupo mediante ações individuais que sejam a ela adequadas. Compartilhar um plano é condição necessária para se ter uma atividade compartilhada. Isso não significa, porém, que seja suficiente. Dois outros requisitos adicionais são imprescindíveis.

É preciso a um só tempo que o plano compartilhado seja de conhecimento comum (os agentes devem saber que compartilham o mesmo plano), bem como que os membros do grupo resolvam seus conflitos de uma maneira pacífica e aberta, no sentido de que não se deve fazer uso da força e de instrumentos fraudulentos, que

---

<sup>79</sup> SHAPIRO. **Legality**. Op. cit. p. 131-132.

<sup>80</sup> SHAPIRO. **Legality**. Op. cit. p. 135.

<sup>81</sup> SHAPIRO. *Massively Shared Agency...* Op. cit. p. 5.

<sup>82</sup> SHAPIRO. **Legality**. Op. cit. p. 136.

minariam a relação de confiança e da cooperação, tornando insustentáveis as atividades compartilhadas<sup>83</sup>.

Perceba-se, todavia, que as mesmas razões que tornam os planos necessários para as atividades compartilhadas, igualmente os tornam custosos para se produzir. Isso por uma razão bastante singela: se os planos compartilhados são necessários para a regulação do comportamento em ambientes complexos e sobre os quais pairam diversas controvérsias, é bastante provável que criar planos antes de essas tensões se instanciarem no momento da ação igualmente implicará grandes e custosas deliberações e negociações, apenas adiantando-as.

Há, porém, diferentes mecanismos, intencionais e não intencionais, que permitem a construção dos planos de modo a reduzir esses custos. Entre eles se pode vislumbrar a adoção de políticas, costumes e hierarquia<sup>84</sup>.

As políticas dizem respeito ao desenvolvimento de novos planos gerais que reduzam drasticamente os custos de deliberação e barganha, vinculando os agentes a um determinado curso de ação pré-determinado. Um exemplo dado por Shapiro é de um grupo de pessoas que semanalmente cozinham conjuntamente. Ao invés de a cada semana deliberarem sobre o prato a ser preparado, podem adotar a política de seguir uma determinada receita culinária que seja publicada em um jornal ou revista. O lado negativo da adoção de políticas é a possibilidade de resultados subótimos, cabendo aos planejadores decidir se esse risco supera os custos da deliberação e barganha constantes.

Os costumes, por sua vez, são *standards* que têm o objetivo de estabelecer o que deve ser feito, mas que surgem de forma não propositiva. Dessa forma, não podem ser considerados planos, mas sim normas assemelhadas a planos (*planlike*).

Isso não significa, todavia, que não possam fazer parte de um plano compartilhado. Para tanto apenas é necessário que essas normas sejam aceitas pelos membros do grupo e sejam vistas como determinantes, ou especificadoras, dos meios que devem ser utilizados para se engajar na atividade compartilhada.

A hierarquia, por fim, busca inserir uma divisão vertical do trabalho e é, por si só, um dos maiores avanços existentes na organização comportamental. Permite, a um só tempo, que a complexidade seja simplificada, as controvérsias sejam

---

<sup>83</sup> SHAPIRO. **Legality**. Op. cit. p. 138.

<sup>84</sup> SHAPIRO. **Legality**. Op. cit. p. 138-143.

dirimidas e a arbitrariedade removida sem que se tenha, uma vez mais, que se empenhar em deliberações, negociações e barganhas altamente custosas. Isso pois:

Em uma atividade compartilhada envolvendo hierarquia, então, planos compartilhados são autorregulados, isso é, eles regulam os modos de sua própria criação e aplicação. Partes do plano compartilhado autorizam certos membros do grupo a vivificar ou aplicar outras partes do plano compartilhado. Essas 'autorizações' são aceitas quando membros do grupo concordam em renunciar seu exclusivo poder de planejar e se comprometem a seguir os planos formulados e aplicados pelos membros autorizados. Então, quando alguém autorizado pelo plano compartilhado emite uma ordem, desse modo estende o plano e dá aos membros do grupo novos subplanos a ser seguidos<sup>85</sup>.

E aqui há um ponto chave para a compreensão da ideia de planejamento de Shapiro: a hierarquia não é apenas uma ferramenta eficiente para produzir planos compartilhados, mas, não raras vezes, é o próprio resultado de um plano compartilhado.

Se essa concentração do poder de planejar nas mãos de alguns poucos agentes é geralmente útil nas atividades compartilhadas de pequeno porte, é absolutamente indispensável para atividades coletivas massivas, em que um grande número de indivíduos age conjuntamente<sup>86</sup>.

### 1.1.3. Planejamento para Atividades Compartilhadas Massivas

Em atividades coletivas massivas é necessário proceder a uma divisão horizontal do trabalho e desenvolver uma densa rede de planos interligados, erigindo sofisticadas estruturas de planejamento, tais quais as "políticas" antes vistas, porém ainda mais específicas.

---

<sup>85</sup> Tradução livre de: "In a shared activity involving hierarchy, then, shared plans are self-regulating, that is to say, they regulate the manner of their own creation and application. Parts of the shared plan authorize certain members of the group to flash out or apply the other parts of the shared plan. These 'authorizations' are accepted when members of the groups agree to surrender their exclusive power to plan and commit to follow the plans formulated and commit to follow the plans formulated and applied by the authorizes members. Thus, when someone authorized by the shared plan issues an order, she thereby extends the plan and gives the members of the group new subplans to follow". SHAPIRO. **Legality**. Op. cit. p. 142

<sup>86</sup> SHAPIRO. **Legality**. Op. cit, p. 143.

Isso porque nas instâncias de atividades massivas não é incomum haver participantes alienados, no sentido de que não necessariamente se importam com o sucesso da empreitada.

Entre as estruturas mais sofisticadas de planejamento necessárias para as atividades coletivas massivas, Shapiro inclui autorizações, instruções, estipulações, fatorações e permissões<sup>87</sup>. Todos são tipos especiais de planos, pois constituem, à rigor, verdadeiros planos para o planejamento (*plans for planning*).

Isso é, são as subpartes autorreguladas dos planos compartilhados que especificam os modos pelos quais estes devem ser formulados, adotados, aplicados e ter sua observância respeitada<sup>88</sup>.

Entender como indivíduos podem trabalhar conjuntamente em busca de fins que não necessariamente valorizam, ou seja, enfrentar o problema de agentes alienados, é essencial para compreender como o mundo contemporâneo, estruturado por um conjunto das mais diversas atividades coletivas, é possível.

Propõe-se que a reflexão adequada sobre esse tipo de atividade parta de uma inescondível constatação: a pluralidade do mundo contemporâneo, o que se reflete nas democracias constitucionais existentes.

Ou seja, há uma baixa probabilidade de que as atividades de larga escala sejam todas elas realizadas por indivíduos que estejam comprometidos com idênticos fins, bem como sejam motivados pelas mesmas razões.

A partir disso, levanta-se a questão: como é possível agir conjuntamente nesse tipo de contexto? A resposta possível é a de que para um grupo agir conjuntamente não é imprescindível que todos os seus membros tenham a intenção de que a atividade comum tenha sucesso.

Apenas é preciso que se compartilhe um plano, que por sua vez, pode ser desenvolvido por alguém que de fato deseje o sucesso da atividade comum. Dessa forma "desde que os participantes aceitem o plano, intencionalmente façam suas

---

<sup>87</sup> Estipulações são políticas mais específicas que guiam a aplicação de um plano, diante da insuficiência de apenas se proceder a uma distribuição de papéis entre os vários agentes. "Fatorações" especificam que *fatores* devem ser levados em conta quando se planeja como agir. Permissões são verdadeiras antidiretivas, pois não direcionam a ação, mas sim informam seus destinatários que não há exigência de ação ou inação em um determinado sentido. Autorizações e instruções, por sua vez, estão interligadas. As primeiras são um mecanismo de descentralização da atividade de planejamento para o grupo, dado poder a determinados agentes. As segundas dizem respeito à construção do procedimento a ser seguido para o exercício válido desse poder.

<sup>88</sup> SHAPIRO. **Legality**. Op. cit. p. 147-148.

partes, e solucionem suas disputas de forma pacífica e aberta, sendo tudo isso de conhecimento comum, eles estão agindo conjuntamente intencionalmente"<sup>89</sup>.

Não é necessário nas atividades coletivas massivas, portanto, que o plano passe por um teste de aceitação universal, o que talvez só fosse plausível (e até mesmo possível) em atividades envolvendo grupos bastante pequenos e homogêneos. O único requerimento é de que a maioria dos membros que se supõe dever participar da atividade de acordo com o plano compartilhado efetivamente o aceitem<sup>90</sup>.

Por fim, como já se viu, para Shapiro planos são vitais para ambientes comunitários e para os grupos pela sua capacidade de coordenar o comportamento em ambientes complexos, controversos e que necessariamente impõe que se recorra a soluções arbitrárias, diante da grande variedade de opções igualmente viáveis.

Esse é o caso da vida social, em que se apresentam vários dilemas éticos sobre direitos e responsabilidades pessoais e sociais, em que o planejamento se apresenta como um modo para economizar os custos da deliberação, incentivar a previsibilidade e facilitar um comportamento ético de respeito em uma dada comunidade.

Desse modo "o planejamento prévio permite aos membros de uma comunidade tratar questões de equidade e do que cada um deve ao outro como determinadas, como matérias não abertas a reconsideração"<sup>91</sup>.

Fixados esses pontos, é possível evidenciar aqui quais elementos específicos da teoria de Michael E. Bratman foram rejeitados, ou melhor, retrabalhados por Scott J. Shapiro de modo a permitir a explicação, a um só tempo, de atividades compartilhadas que envolvam estruturas de autoridade e, de outro lado, a participação de agentes alienados (ponto essencial para a compreensão do direito).

---

<sup>89</sup> Tradução livre de: "As long as participants accept the plan, intentionally play their parts, and resolve their disputes peacefully and openly, and all of this is common knowledge, they are acting together intentionally". SHAPIRO. **Legality**. Op. cit. p. 149.

<sup>90</sup> SHAPIRO. **Legality**. Op. cit. p. 150.

<sup>91</sup> Tradução livre de: "Prior planning allows the community members to treat questions of fairness and what they owe to each other as settled, as matters not up for reconsideration". SHAPIRO. **Legality**. Op. cit. p. 153.

Com essa comparação pode-se refutar a crítica apresentada por Bruno Celano em seu artigo *What Can Plans Do for Legal Theory*<sup>92</sup>, em que questiona, principalmente, se a tese do planejamento, compreendida a partir da teoria de Bratman, realmente possuiria algo de interessante para a compreensão do fenômeno jurídico.

Celano acusa Shapiro de ilegitimamente identificar a normatividade que um plano possui quando um ou mais agentes o adotam para si com a normatividade do direito, o que teria feito com a finalidade de comprovar que a normatividade do direito não derivaria da moralidade<sup>93</sup>.

De acordo com o professor italiano, rompe-se a conexão entre planos e intenções. Ocorre que para Bratman, como defende, planos seriam intenções em larga escala. Ou seja, as intenções seriam as partes constitutivas dos planos, ao passo que as leis (aqui entendidas em sentido amplo) não teriam como se confundir com a intencionalidade, pois seriam planos adotados para outros, e não para nós mesmos.

Desse modo no planejamento jurídico as formas de compromisso e os requisitos de racionalidade (coerência entre meios e fins, consistência, nidificação, razoável estabilidade) decorrentes do planejamento e que foram evidenciadas até agora não se aplicariam<sup>94</sup>. Apenas planos pessoais, pensados para o autogoverno de ações futuras, teriam a propriedade de serem positivos e dotados da autoridade decorrente dos princípios da racionalidade instrumental.

Portanto, careceria de utilidade analítica a reivindicação de uma identidade entre direito e planos<sup>95</sup>, o que pretende a teoria do direito como planejamento ao adotar a tese de que o exercício da autoridade jurídica é uma atividade de planejamento social.

Como explica Bernal Pulido, o desafio de Celano é bastante profundo, pois questiona a própria possibilidade de planos serem coletivamente normativos<sup>96</sup>. Dito

---

<sup>92</sup> CELANO, Bruno. What Can Plans Do for Legal Theory? In: CANALE, Damiano; TUZET, Giovanni (Org.). **The Planning Theory of Law: a Critical Reading**. Dordrecht: Springer, 2013. p. 129-152

<sup>93</sup> CELANO. What Can Plans... Op. cit., p. 131.

<sup>94</sup> CELANO. What Can Plans... Op. cit., p. 138.

<sup>95</sup> CELANO. What Can Plans... Op. cit., p. 139.

<sup>96</sup> BERNAL PULIDO. Austin, Hart e Shapiro... Op. cit. p. 91.



de outro modo, é colocada em xeque a plausibilidade de se explicar o direito a partir da ideia do planejamento, bem como a própria possibilidade de compreender o planejamento para atividades compartilhadas massivas, tal qual vislumbrado pela teoria.

Ainda que brevemente, é possível demonstrar quais os elementos da teoria de Bratman foram apropriados por Shapiro<sup>97</sup> e quais problematizou e modificou a fim de refutar a crítica posta por Celano.

Shapiro mostra que a estratégia de Bratman para diferenciar entre ação individual e ação compartilhada diz respeito às intenções dos agentes (como já visto rejeita-se a ideia de uma mente coletiva, que permitisse uma intencionalidade do grupo que fosse externa aos agentes). Para diferenciar as intenções individuais das coletivas/compartilhadas, por sua vez, Bratman adota uma estratégia eminentemente funcionalista.

O que diferencia as intenções individuais das compartilhadas é, para o professor de Stanford, um conjunto de determinadas disposições e normas a elas associadas, que podem ser sintetizadas em três diferentes papéis.

São eles: i) a intenção compartilhada coordena às ações de cada participante em direção à realização da sua finalidade coletiva; ii) a intenção compartilhada coordena o planejamento de cada participante de modo a atingir a finalidade coletiva; e iii) as intenções compartilhadas especificam o pano de fundo para barganha em caso de desacordo<sup>98</sup>.

Para que se tenha uma intenção compartilhada é necessário, portanto, que as intenções sejam consistentes entre os vários agentes, de modo que os seus subplanos se enredem, ou seja, se entrelacem. Além disso é preciso que caso surjam conflitos, os participantes estejam dispostos a deliberar, barganhar e negociar para resolver o impasse.

---

<sup>97</sup> É importante ressaltar que neste ponto será utilizada a mais recente exposição do autor sobre a reconstrução que faz da teoria de Bratman, após longos debates travados entre eles, que pode ser encontrada em SHAPIRO. *Massively Shared Agency...* Op. cit. O debate apareceu nas páginas da revista *Legal Theory* em dois artigos: SHAPIRO, Scott J., *Law, Plans and Practical Reason*, **Legal Theory**, [S.l.], V. 8, No. 4, p. 387-441, Dez. 2002 e BRATMAN, Michael E., *Shapiro on Legal Positivism and Jointly Intentional Activity*, **Legal Theory**, [S.l.], V. 8, No. 4, p. 511-517, Dez. 2002, tendo um novo e importante *round* com a publicação de *Legality* e de BRATMAN, Michael E. *Reflections on Law, Normativity and Plans*. In: BERTEA, Stefano; PAVLAKOS, George (Orgs.). **New Essays on the Normativity of Law**. Oxford: Hart Publishing, 2011. p. 73-85.

<sup>98</sup> SHAPIRO. *Massively Shared Agency...* Op. cit. p. 4.

A partir dessa ideia de intenções compartilhadas, Shapiro explica a definição de Bratman de "atividade intencional compartilhada" (AIC), para a qual não apenas é essencial que os envolvidos tenham a intenção de participar da atividade e a desenvolvam com sucesso, mas também que intenção e ação estejam adequadamente conectadas.

Para se ter uma AIC são necessárias três diferentes características:

- (i) Reatividade mútua: Em uma AIC cada agente participante tenta ser responsivo às intenções e ações do outro, sabendo que o outro está tentando ser similarmente responsivo. Cada um busca guiar seu comportamento tendo em vista o comportamento do outro tenta fazer o mesmo.
- (ii) Compromisso com a atividade compartilhada: Em uma AIC cada um dos participantes tem um adequado compromisso (ainda que talvez por razões distintas) para a atividade conjunta, e a sua mútua reatividade dá-se na busca desse compromisso.
- (iii) Compromisso com o suporte mútuo: Em uma AIC cada agente é comprometido em dar suporte aos esforços do outro para fazer sua parte na atividade compartilhada. Se eu acredito que você precisa de minha ajuda para achar sua anotação (ou seu pincel de pintura) eu estou preparado para prover essa ajuda; e você está similarmente preparado para me dar suporte no meu papel. Esses compromissos de suporte mútuo nos colocam em uma posição de levar a cabo a atividade compartilhada mesmo que cada um precise de ajuda de determinada forma<sup>99</sup>.

Shapiro verifica que esse modelo, porém, não consegue dar conta de atividades que envolvam autoridade ou agentes alienados. Nesses casos deve ser retirado o requisito da mútua reatividade, pois superiores autorizados pelo plano, por exemplo, podem satisfazer o compromisso de fazer com que os subplanos se enredem pela "imposição" do entrelaçar de subplanos aos seus subordinados e não através da negociação e da barganha entre esses últimos<sup>100</sup>.

---

<sup>99</sup> Tradução livre de: "(i) Mutual responsiveness: In SCA each participating agent attempts to be responsive to the intentions and actions of the other, knowing that the other is attempting to be similarly responsive. Each seeks to guide his behavior with an eye to the behavior of the other, knowing that the other seeks to do likewise. (ii) Commitment to the joint activity: In SCA the participants each have an appropriate commitment (though perhaps for different reasons) to the joint activity, and their mutual responsiveness is in the pursuit of this commitment. (iii) Commitment to mutual support: In SCA each agent is committed to supporting the efforts of the other to play her role in the joint activity. If I believe that you need my help to find your note (or your paint brush) I am prepared to provide such help; and you are similarly prepared to support me in my role. These commitments to support each other put us in a position to perform the joint activity successfully even if we each need help in certain ways". BRATMAN, Michael E., Shared Cooperative Activity, *The Philosophical Review*, [S.l.], V. 101, No. 2, p. 327-341, Abr. 1992. p. 328.

<sup>100</sup> SHAPIRO. Massively Shared Agency... Op. cit. p. 16

Essa é uma clara manifestação do exercício de autoridade, que, por sua vez, se justifica por dois motivos.

O primeiro, de que o poder de planejar pode ser racionalmente delegado desde que se verifique que outros podem estar em uma condição melhor para saber o que devemos fazer e podem ser confiados na indicação de qual a direção correta que devemos seguir.

O segundo é um critério pragmático relacionado à utilidade: autoridades são extremamente úteis em atividades compartilhadas quando se constata que não se conseguirá atingir o objetivo do plano sem a adoção de uma ordem hierárquica, ou seja, quando os custos da barganha e as limitações cognitivas não conseguirão ser superados em uma ordem espontânea. Como "ao aceitar a solução da autoridade, participantes satisfazem seu compromisso para agir de acordo com subplanos que se enredam"<sup>101</sup>, não haveria prejuízo para a intencionalidade coletiva.

Dessa forma, a teoria do direito como planejamento pressupõe uma reconstrução e desenvolvimento do modelo de Bratman de ação compartilhada, ao invés de apenas aplicá-lo indistintamente, como faz crer a crítica de Celano<sup>102</sup>.

Shapiro explica, em síntese, que para Bratman a ação compartilhada está fundada eminentemente em duas premissas básicas: i) um determinado evento apenas é uma ação compartilhada se for explicável a partir de uma intenção compartilhada; ii) uma intenção compartilhada é um complexo de intenções que desempenha três diferentes papéis na atividade compartilhada (coordenação da ação dos participantes; coordenação do planejamento dos participantes e a especificação de um pano de fundo para a deliberação em caso de conflito).

A primeira premissa é equivocada para o autor porque podem existir participantes alienados ao sucesso da empreitada comum. A segunda, por sua vez, mostra dois diferentes pontos que implicam seu afastamento: i) a autoridade pode ser um mecanismo eficiente para solução de conflitos, evitando a possibilidade de deliberação e barganha; e ii) nem todo complexo de estados mentais que satisfaça os três papéis de Bratman necessariamente constitui uma intenção compartilhada.

---

<sup>101</sup> Tradução livre de: "By accepting this authoritative settlement, participants satisfy their commitment to act in accordance with meshing subplans". SHAPIRO. *Massively Shared Agency...* Op. cit. p. 15

<sup>102</sup> SHAPIRO. *Massively Shared Agency...* Op. cit. p. 21-24.

De todo modo, Shapiro vê nessas duas premissas elementos valiosos, que devem ser adaptados. Da primeira, entende ser correto dizer que a ação compartilhada é uma ação explicável mediante um complexo de estados mentais de um tipo específico. Da segunda, vê como correta a compreensão funcional de que os papéis envolvem a coordenação da ação, planejamento e resolução de conflito.

Feitas essas considerações, desenvolve-se a ideia de que uma atividade intencional compartilhada é uma atividade guiada por um plano compartilhado - e aqui se vê a centralidade do papel assumidos pelos planos - devendo a intenção plural compartilhada de Bratman ser substituída pela noção de comprometimento com o plano. Shapiro explica o "compromisso com o plano compartilhado" nos seguintes termos:

Cada um dos participantes tem um apropriado compromisso (apesar, talvez, de por diferentes razões) com o plano desenvolvido, pelo menos em parte, para eles, de modo que ele possam participar da atividade conjunta, e sua participação na atividade dá-se na busca desse compromisso. Contraposto ao princípio de Bratman, o Compromisso com o Plano Compartilhado não requer que os participantes tenham a intenção que o seu grupo empreenda-se na atividade conjunta. Nem sequer que estes tenham a intenção de contribuir com a atividade conjunta. Simplesmente requer que cada um esteja comprometido a agir de acordo com o plano compartilhado e se empreenda na atividade conjunta em razão desse comprometimento. Ademais, o requerimento de Bratman da Mútua Reatividade na Intenção deve ser completamente descartado. Esse princípio apenas é apropriado em situações em que os participantes são os principais *designers* da atividade. Entretanto, quando as atividades são estruturadas por planos 'pré-embalados', os participantes podem ser altamente indiferentes às intenções uns dos outros. Eles apenas precisam fazer suas partes do plano compartilhado<sup>103</sup>.

Feitos esses esclarecimentos, é possível apresentar uma resposta para a objeção de Celano. Como se viu mais acima, a introdução do mecanismo da hierarquia na atividade de planejamento permite que alguns membros do grupo

---

<sup>103</sup> Tradução livre de: "The participants each have an appropriate commitment (though perhaps for different reasons) to a plan developed, at least in part, for them so that they may engage in the joint activity, and their engagement in the activity is in the pursuit of this commitment. In contrast to Bratman's principle, the Commitment to a Shared Plan does not require that the participants intend that their group engage in the joint activity. Nor does it even demand that they intend to contribute to the joint activity. It merely requires that each be committed to acting on the shared plan and engage in the joint activity because of that commitment. In addition, Bratman's requirement of Mutual Responsiveness in Intention must be dropped completely. This principle is appropriate only for situations in which the participants are the main designers of the activity. However, when shared activities are structured by "pre-packaged" plans, participants may be highly unresponsive to each other's intentions. They need only follow their parts of the shared plan". SHAPIRO. *Massively Shared Agency*... Op. cit. p. 28.

vivifiquem (desenvolvimento incremental) ou apliquem determinadas partes do plano compartilhado mediante autorizações.

Estas autorizações, por sua vez, são aceitas quando os membros do grupo sujeitos ao plano concordam em renunciar seu exclusivo poder planejador e se comprometem a seguir os subplanos formulados pelos membros dotados de autorização.

Isso cria, como bem percebeu Bernal Pulido, "(...) uma obrigação instrumental de aderir ao plano de quem o adotou"<sup>104</sup>. Extrapolar essa conclusão para uma atividade massiva como o direito, porém, poderia ser pouco factível, pois exigiria que todos membros de uma determinada comunidade realizassem uma atividade intencional de adotar o plano mestre de um determinado sistema jurídico. Isso se chocaria, *a priori*, com a pluralidade que caracteriza as sociedades contemporâneas, ponto que, como se viu mais acima, não é ignorado pela reflexão de Shapiro.

Propõe Bernal Pulido, porém, a ideia de que a aceitação pode ser tácita, ou seja, fundada tanto em atividades intencionais coletivas quanto naquelas não intencionais. Assim, resolver-se-ia o problema da normatividade do direito, pois todos os membros da comunidade, seja de forma expressa e intencional, seja de forma tácita e não intencional - seguindo a tese do "compromisso com o plano compartilhado", acima explicada -, "(...) criamos a atitude de aceitar o plano mestre de nosso sistema jurídico todas as vezes que seguimos os enunciados jurídicos e os utilizamos em nosso raciocínio prático"<sup>105</sup>.

Dessa forma, antes mesmo de prosseguir na exposição do projeto da teoria do direito como planejamento, é possível afastar a crítica de Celano e perceber como a proposta teórica apresenta uma interessante resposta para explicar a normatividade do direito, centrada na compreensão de que o exercício da atividade jurídica é uma atividade de planejamento social.

Por fim, tendo passado das atividades mais singelas de planejamento (o planejamento para atividades individuais) para aquelas mais complexas (planejamento para atividades coletivas massivas), torna-se viável sistematizar as principais características dos planos para Shapiro.

---

<sup>104</sup> BERNAL PULIDO. Austin, Hart e Shapiro... Op. cit. p. 92.

<sup>105</sup> BERNAL PULIDO. Austin, Hart e Shapiro... Op. cit. p. 94.

Seguindo a divisão proposta por Bernal Pulido<sup>106</sup>, é possível identificar onze principais elementos que caracterizam os planos, quais sejam: i) são parciais e nidificados ; ii) são compostos; iii) servem para racionalizar o comportamento futuro; iv) podem ser desenhados tendo em vista a aplicação por outras pessoas diferentes dos planejadores; v) reduzem os custos da deliberação; vi) geram normatividade em razão dos princípios da racionalidade instrumental; vii) são entidades positivas, criadas pela adoção e mantidos pela aceitação; viii) são a estratégia mais efetiva para coordenar o comportamento em atividades complexas, controvertidas e arbitrárias; ix) podem ser compartilhados; x) permitem a divisão vertical do trabalho; e, por fim, xi) podem regular atividades massivas, compensando as questões de confiança que emergem nesses contextos.

## 1.2. A TEORIA DO DIREITO COMO PLANEJAMENTO

### 1.2.1. Construção de um Sistema Jurídico

A tese central de Shapiro é a de que a atividade jurídica, ou seja, o exercício da autoridade jurídica, é uma forma de *planejamento social*.

Defende-se, assim, que as tecnologias de planejamento, mesmo as mais complexas, como as que são postas em prática pelo direito e envolvem, por exemplo, elementos de hierarquia e variadas autorizações para o planejamento, dependem apenas da ação humana.

Ou seja, que "(...) para construir ou operar um sistema jurídico não se necessita possuir legitimidade moral para impor obrigações jurídicas e atribuir direitos: apenas é necessário possuir a habilidade de planejar"<sup>107</sup>.

O ponto central da teoria diz respeito à tese da primazia dos fatos sociais, ou seja, que a existência e conteúdo de um plano compartilhado (e um plano jurídico, consequentemente) são determinados exclusivamente por fatos sociais.

---

<sup>106</sup> BERNAL PULIDO. Austin, Hart e Shapiro... Op. cit. p. 71-73.

<sup>107</sup> Tradução livre de: "(...) to build or operate a legal system one need not possess moral legitimacy to impose legal obligations and confer legal rights: one need only have the ability to plan". SHAPIRO. **Legality**. Op. cit. p. 156.

A lógica do planejamento pressupõe que os planos sejam determináveis mediante um método que não reabra as questões que são desenhados para resolver. Isso porque os planos compartilhados são criados justamente para guiar e coordenar o comportamento. E fazem isso ao solucionar as dúvidas existentes sobre como se deve agir, dilemas que possuem um eminente colorido moral. Apenas fatos sociais, e não morais, podem desempenhar essa função adequadamente<sup>108</sup>, visto que caso contrário não haveria propriamente uma solução para o dilema em questão.

Tendo isso em mente, é possível ver que as propriedades essenciais da atividade jurídica enquanto forma de atividade social são extraídas pelo autor a partir de duas diferentes perspectivas.

A primeira, em que faz uso da estratégia construtivista, busca demonstrar como, a partir de uma situação não jurídica bastante simples e hipotética, pode-se explicar a existência de um sistema jurídico tão somente pela adoção e aceitação de planos.

A segunda, por sua vez, é implementada mediante algumas comparações com instituições e práticas sociais que são similares, porém não idênticas ao direito, depurando, por fim, as características que reputa a ele essenciais. Esses dois pontos serão utilizados nos próximos itens.

### 1.2.2. Circunstâncias da Juridicidade

Circunstâncias de juridicidade (*circumstances of legality*) são as condições que tornam desejáveis formas sofisticadas de planejamento social. Elas ocorrem toda vez que uma comunidade tem inúmeros e sérios problemas morais cujas soluções são complexas, controversas ou arbitrárias<sup>109</sup>.

Nessas condições, os benefícios do planejamento superam os custos e riscos decorrentes das formas não jurídicas de organização do comportamento, tais como improvisação, a busca de um completo consenso comunal ou a mera realização de espontâneos e não previsíveis acordos privados

---

<sup>108</sup> SHAPIRO. **Legality**. Op. cit. p. 177.

<sup>109</sup> SHAPIRO. **Legality**. Op. cit. p. 170.

Daí decorre o núcleo da sua teoria: os sistemas jurídicos são instituições de planeamento social cuja finalidade primordial é contrabalancear as deficiências das formas alternativas de planeamento nas circunstâncias da juridicidade<sup>110</sup>.

Dá suporte a essa ideia o fato de que os sistemas jurídicos são comumente considerados valiosos pela sua capacidade de responder à grande demanda por normas a um custo razoável. Isso decorre da natureza hierárquica, impessoal, e compartilhada do planeamento jurídico, que torna os planos ágeis e maleáveis de um lado, e, ao mesmo tempo, duráveis<sup>111</sup>.

Para Shapiro o direito apresenta uma solução que não diz respeito a um dilema moral específico, mas sim a um problema mais amplo: a resolução de dilemas morais de forma geral. Esse dilemas, por sua vez, podem ser sintetizados com as várias respostas à seguinte pergunta: "o que deve ser feito em dada circunstância?"

Isso não significa, todavia, que a função do direito seja apenas o planeamento pelo planeamento. O direito visa estabilizar as deficiências das formas não jurídicas de planeamento ao planejar do modo correto, ou seja, adotando e aplicando planos moralmente sensíveis de um modo moralmente legítimo. Para atingir sua finalidade é preciso que a redução de custos gerada pelo planeamento supere qualquer acréscimo nos custos morais engendrados pela superação de formas alternativas de solução dos conflitos. É essencial, portanto, a tarefa de arranjo institucional<sup>112</sup>.

De todo modo, a partir da ideia de que o direito visa a resolver dilemas morais que surgem nas circunstâncias da juridicidade de forma ampla (e não específica), constata-se que as normas jurídicas são vistas como meios ou instrumentos universais.

Dessa forma não há valores ou finalidades substantivos que devam, por si só, atingir ou realizar. Elas constituem ferramentas que podem servir a variados propósitos. Ou seja, são instrumentos que permitem que agentes detentores de

---

<sup>110</sup> SHAPIRO. **Legality**. Op. cit. p. 171.

<sup>111</sup> SHAPIRO. **Legality**. Op. cit. p. 172.

<sup>112</sup> SHAPIRO. **Legality**. Op. cit. p. 171.



objetivos complexos, que possuam valores conflitantes ou tenham habilidades limitadas, atinjam fins que não conseguiriam de outro modo<sup>113</sup>.

Assim, não se poderia supor que a função do direito seja resolver o problema do mau caráter, o que se daria a partir da equívoca compreensão de que as instituições jurídicas não seriam criadas como tecnologias de planejamento social, mas sim como antídotos às debilidades da natureza humana que levariam as pessoas a transgredir normas sociais ou morais<sup>114</sup>. Bem por isso Shapiro se afasta das teorias que veem a coerção como um aspecto essencial<sup>115</sup> do direito<sup>116</sup>.

É preciso ter em mente que ao falar nos problemas morais existentes nas circunstâncias da juridicidade faz-se um uso "generoso" da palavra moral, pois como explica Diego Papayannis:

---

<sup>113</sup> SHAPIRO. **Legality**. Op. cit. p. 173.

<sup>114</sup> SHAPIRO. **Legality**. Op. cit. p. 174.

<sup>115</sup> Frederick Schauer critica especificamente esse ponto na teoria do direito como planejamento, propondo que a existência da coerção deve ser entendida mais como um complemento a ela do que propriamente uma contingência ou uma exceção à descrição que Shapiro faz do planejamento social. Isso porque, para ele, sanções seriam necessárias para tornar efetivos os planos. Nesse sentido "At the heart of Shapiro's planning account of law is the view that social plans have authoritative status. A plan, once made, becomes a reason just because it is a plan, and the reason-giving capacity of plans, like that of rules, precedents, and legal authorities, is content-independent. But the content-independent power of a social plan will make a difference principally when the individual who is expected to follow it has a good content-based reason to do something other than what the social plan demands. Plans have their bite not just because they are reason-giving but also because they are reason-giving even in the face of conflicting reasons for doing something other than what the plan requires. Because plans are especially important when their addressees see good reasons for doing something else, widespread compliance with social plans will be systematically difficult. The whole point of planning, rather than just doing, is that plans aim to produce action in the face of desires or reasons to do something else. Once we see this systematic conflict between a plan and plan independent reasons, we can appreciate that supporting social plans with organized coercion is not merely an epiphenomenal accessory. Sanctions are directed not only at the occasional outlier uninterested in pursuing the public good, as even public-minded members of a group (or society) will often have views about the group's ends and means that diverge from the group's plans. For a social plan to be effective, the members of society, absent sanctions, will need to set aside not only their self-interested desires but also their own views of what the group ought now to do for the group's benefits. But this subjugation of individual views, required by the notion of planning, is systematically unlikely to occur without the threat of force. Sanctions are therefore a predictable necessity whose importance emerges once we see the systematically frustrating dimension of social plans" SCHAUER, Frederick, *The Best Laid Plans*, **The Yale Law Journal**, [S.I.], V. 120, [S.I.], p. 586-621, 2010. p. 607.

<sup>116</sup> O que não significa que o direito não se utilize da organização da força, vez que a coerção, quando ausentes formas de planejamento social, seria perigosa, não efetiva e cara. "Kelsen once described law as an 'organization of force'. Although I disagree with this claim that the law necessarily uses force, I agree that when the law does use force, it is always organized. Both to maximize its effect and control its power, the law organizes a coercive response to social deviance through an interlocking set of social plans". SHAPIRO. **Legality**. Op. cit. p. 176.

Eles [os problemas morais] incluem a regulação da 'propriedade, das obrigações contratuais, dos deveres de cuidado diante dos outros, os níveis adequados de tributação, as limitações ao poder público, a legitimidade da coerção estatal e assim por diante'. Claramente, sociedades modernas são incapazes de solucionar esses problemas eficientemente mediante outras formas de organização social ou coordenação espontânea. (...) Em geral, atividades compartilhadas complexas ou controversas exigem a adoção de um plano; quando a atividade em questão é a solução de problemas morais, instituições jurídicas são necessárias. Nesse sentido, o argumento de Shapiro é realmente perspicaz pois desmascara o mito, difundido entre positivistas, de que o direito não teria utilidade em uma sociedade de anjos, exceto, talvez, para solução de problemas de coordenação puros. A questão é que mesmo indivíduos de boa-fé necessitariam de um guia de conduta para saber como se comportar quando confrontados com os problemas morais descritos nas circunstâncias da juridicidade<sup>117</sup>.

Assim, na comunidade hipotética que cria a partir de sua estratégia analítica construtivista, Shapiro explicita que são as circunstâncias da juridicidade (falta de coordenação e altos custos de deliberação e negociação) que tornam possível e necessária a criação de planos compartilhados para guiar o comportamento.

A reconstrução do "estado da natureza" de Shapiro, por sua vez, foi bem sintetizada por Bernal Pulido nos seguintes termos:

A heurística de *Cooks Island* se inicia com duas pessoas cozinhando juntas que decidem criar uma indústria alimentícia. A companhia acaba sendo muito exitosa termina empregando várias pessoas e gerando retornos vultosos. Entretanto, proprietários e empregados decidem vender a companhia e se mudar para uma ilha no Pacífico Sul. Devido a complexidades e à falta de coordenação, a vida sem regras se mostra altamente inconveniente. Por essa razão, eles começam a planejar. Sem embargo, isso cria altíssimos custos na deliberação e negociação. Consequentemente, eles criam um plano-mestre (master plan), é dizer, um plano para novos planos. Ademais, eles introduzem hierarquia ao dar poder a alguns para planejar para o grupo. Mas uma vez que mesmo essa distribuição de poder é equivocada, dado que as pessoas a quem o poder foi atribuído podem morrer, eles decidem criar instituições, "estruturas abstratas de controle" desenhadas para desempenhar certas funções. Shapiro coloquialmente denomina essas instituições "o ofício" (the office). Tendo em vista que o "ofício" se mostra uma invenção de sucesso, diferentes ofícios são criados; enquanto a função de alguns deles é adotar planos, outros garantem e dão aplicação a planos. Os que adotam planos

<sup>117</sup> Tradução livre de: "They include the regulation of 'ownership, contractual obligations, duties of care to one another, proper levels of taxation, limitations of public power, legitimacy of state coercion and so on' Clearly, modern societies are incapable of solving these problems efficiently by means of other forms of social organization or spontaneous coordination. (...) In general, complex or contentious shared activities require the adoption of a plan; when the activity in question is the resolution of moral problems, legal institutions are required. In this respect, Shapiro's argument is really insightful because he debunks the myth, widespread among positivists, that a society of angels would have no use for law, expect maybe for solving pure coordination problems. The point is that even good faith individuals would need a guide of conduct to know how to behave when confronted with the moral problems described under the circumstances of legality". PAPAYANNIS, Diego M. *Legality: Between Purposes and Functions*. In: CANALE, Damiano; TUZET, Giovanni (Org.). **The Planning Theory of Law: A Critical Reading**. Dordrecht: Springer, 2013. p. 89-128. p. 103-104.

estabelecem diretivas de políticas com o fim de regular o comportamento e autorizar políticas para conferir poder às pessoas para planejar para si mesmas<sup>118</sup>.

Percebe-se, assim, que é com a criação dos planos para o planejamento, os chamados planos mestres, mediante, principalmente, a separação dos poderes de planejamento entre aqueles que adotam o plano e aqueles que o aplicam, que se insere o instrumento da hierarquia (divisão vertical do trabalho social de planejar).

O plano mestre, por sua vez, pressupõe estruturas abstratas de controle, os chamados ofícios. E, por fim, essas estruturas passam a ser despersonalizadas a partir da especificação de condições formais para o exercício do poder planejador. Assumem a característica da institucionalidade.

A atividade jurídica, portanto, não apenas resulta no planejamento, mas resulta do próprio planejamento. Isso porque as instituições jurídicas são estruturadas por planos compartilhados que são desenvolvidos pelas autoridades jurídicas (*officials*) que ocupam as instituições (ofícios), de tal modo que as permitam trabalhar conjuntamente e planejar para a comunidade, suprimindo a sua constante necessidade de normas para guiar e avaliar condutas<sup>119</sup>.

É com a criação dos ofícios, ou seja, das instituições, que passa a existir um *sistema jurídico*<sup>120</sup>.

### 1.2.3. Teses do Planejamento e da Ação Compartilhada

A tese do planejamento significa que o exercício da autoridade jurídica é uma atividade de planejamento social. Essa atividade é compreendida como mais do que a mera formulação, adoção, afastamento, utilização e aplicação de normas para os membros de uma comunidade<sup>121</sup>.

---

<sup>118</sup> BERNAL PULIDO. Austin, Hart, Shapiro... Op. cit. p. 74-75.

<sup>119</sup> SHAPIRO. **Legality**. Op. cit. p. 176.

<sup>120</sup> SHAPIRO. **Legality**. Op. cit. p. 169.

<sup>121</sup> SHAPIRO. **Legality**. Op. cit. p. 195.

Assim como os planos, que começam bastante parciais e cujos detalhes são preenchidos ao longo do tempo, o direito segue o mesmo e eminentemente incremental caminho.

Isso porque a regulação jurídica pode dar-se principalmente de três diferentes maneiras: i) a partir de normas mais amplas, refinadas ao longo do tempo; ii) a partir de regulações detalhadas e especificadas para diversas situações concretas, unificadas, posteriormente, pelo desenvolvimento de *standards* gerais; ou iii) a partir de uma miscelânea de normas que são fornecidas pouco a pouco ao passo que os novos problemas surgem<sup>122</sup>.

Para além do caráter incremental, a atividade jurídica também visa a atingir outros objetivos comuns ao planejamento em geral, quais sejam, guiar, organizar e monitorar o comportamento de indivíduos e grupos. Isso é obtido ao fortificar a previsibilidade, balancear os problemas de confiança e reduzir os custos de deliberação, negociação e barganha, provendo, simultaneamente, métodos de responsabilidade (*accountability*) daqueles que exercem a autoridade. Isso tudo somente é possível, pois, assim como os planos, regulações jurídicas são normas positivas, nas quais os indivíduos podem confiar para solucionar suas dúvidas e desacordos práticos<sup>123</sup>.

A atividade jurídica, ademais, é uma atividade social de planejamento. Isso é possível de ser constatado a partir de três elementos. É uma atividade social pois: i) cria e administra normas que representam os padrões comunais de comportamento; ii) regula a vida comum mediante normas gerais; iii) regula, via normas publicamente acessíveis, a maior parte da atividade comunitária<sup>124</sup>.

Da exposição sobre a teoria dos planos de Shapiro, pode-se perceber que milita em favor da identidade entre atividade jurídica e planejamento o fato de compartilharem seus elementos caracterizadores.

Isso pois ambos são processos: i) que, a partir de uma reivindicação de autoridade (conferida pelos princípios da racionalidade instrumental e não necessariamente pela moralidade), produzem normas que visam a resolver

---

<sup>122</sup> SHAPIRO. **Legality**. Op. cit. p. 195.

<sup>123</sup> SHAPIRO. **Legality**. Op. cit. p. 200.-201

<sup>124</sup> SHAPIRO. **Legality**. Op. cit. p. 202.

questões sobre como se agir<sup>125</sup>; ii) geralmente eficazes; e iii) com o propósito de criar normas<sup>126</sup>.

Para além da tese do planejamento, a teoria pressupõe a "tese da ação compartilhada", o que significa que a atividade jurídica é uma atividade compartilhada em que vários atores jurídicos desenvolvem determinados papéis na atividade de planejamento social, seja alguns produzindo e afetando planos, seja outros os aplicando<sup>127</sup>.

A autoridade jurídica, por sua vez, é gerada pelos planos do sistema jurídico. Desse modo, alguém possui autoridade jurídica quando autorizado pelo plano mestre de um sistema jurídico concreto a planejar para os demais, o que deve ser conjugado com a capacidade de, sob condições normais, motivar a obediência daqueles que são sujeitos à autoridade<sup>128</sup>.

A normatividade do plano mestre, e consequentemente da autoridade jurídica e conceitos jurídicos específicos, como os de dever e de direito subjetivo, somente se justifica porque práticas altamente impessoais e compartilhadas de

---

<sup>125</sup> O que não significa, porém, que as exigências do direito devam ser obedecidas cegamente. Para Shapiro, assim como os planos, as normas jurídicas também podem ser derrotáveis. Ou seja, diante de razões suficientes será possível reconsiderar a direção dada pela norma e deliberar sobre o mérito da questão que ela se dispôs a resolver. Para ele, porém, o ponto importante é que as normas jurídicas reivindicam o direito de determinar as condições de sua própria derrotabilidade. Ou seja, reclamam a possibilidade de determinar quando os dilemas por ela resolvidos tornam-se novamente incertos, sob quais condições devem ser revistas e sua aplicação bloqueada; ao fim e ao cabo, quais são essas *razões suficientes*. Esse ponto foi criticado por Bruno Celano, que lançou dúvidas sobre: i) a possibilidade de uma especificação prévia das condições de derrotabilidade de modo não-trivial; e ii) a capacidade do modelo de planos na teoria de Bratman dar conta dessa afirmação. CELANO. What Can Plans... Op. cit., p. 150-151. Afasta-se o segundo ponto pela constatação de que Shapiro não meramente "aplica" a teoria de Bratman, mas a desenvolve. Assim, já traçando uma resposta para a primeira objeção, a teoria do planejamento de Shapiro consegue dar conta da ideia de condições não triviais para a derrotabilidade. Isso se dá pela característica parcial e nidificada dos planos. Ao dizer que as normas jurídicas reivindicam a determinação das condições de sua derrotabilidade, é possível entender que Shapiro pretende, em realidade, defender que as razões para tanto seriam encontráveis no próprio direito compreendido de forma ampla como o conjunto de planos e subplanos que se inter-relacionam e, assim, compõe a estrutura nidificada do plano que está para ser aplicado. O fato de esse inter-relacionamento não ser, porém, necessariamente especificável antes do momento do julgamento, em que emerge pelas perturbações geradas pelas circunstâncias do caso concreto, não afastaria a conclusão traçada por Shapiro. Sobre o tema da derrotabilidade, ver: FERRER BELTRÁN, Jordi; RATTI, Giovanni Battista. **The Logic of Legal Requirements: Essays on Defeasibility**. Oxford: Oxford University Press, 2012, SERBENA, Cesar Antonio (Org). **Teoria da Derrotabilidade: Pressupostos Teóricos e Aplicações**. Curitiba: Juruá, 2012 e VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. **Hermenêutica Jurídica e Derrotabilidade**. Curitiba: Juruá, 2010.

<sup>126</sup> SHAPIRO. **Legality**. Op. cit. p. 204

<sup>127</sup> SHAPIRO. **Legality**. Op. cit. p. 204

<sup>128</sup> SHAPIRO. **Legality**. Op. cit. p. 179.

planejamento social são possíveis<sup>129</sup>. Envolvem uma atitude de aceitação do plano por parte das autoridades jurídicas.

Ao defender que a atividade jurídica é uma forma de planejamento garante-se a existência das regras fundamentais do sistema jurídico sem gerar regressos ao infinito. Isso porque a aceitação das regras fundamentais envolve a adoção do plano compartilhado - o que efetivamente vivifica as próprias regras fundamentais - e esse poder é conferido às autoridades não pela moralidade, mas pelas regras da racionalidade instrumental<sup>130</sup> ligadas aos planos e ao planejamento.

Assim, aqueles autorizados pelo plano mestre não têm necessariamente o poder de impor obrigações morais, mas sim o de impor obrigações jurídicas a partir do ponto de vista do direito<sup>131</sup>.

Com a construção de um plano mestre, porém, não apenas se pretende que determinados participantes da atividade jurídica planejem, mas se estabelece o modo como se planeja. Dessa forma, o desenho institucional de um sistema jurídico está diretamente conectado aos objetivos substantivos pensados pelos construtores desse mesmo sistema<sup>132</sup>.

Além do fato de a atividade jurídica ser uma atividade compartilhada de planejamento social, por fim, não se pode esquecer que se trata de uma atividade conduzida por autoridades jurídicas, e, portanto, institucionalizada, pois

<sup>129</sup> SHAPIRO. **Legality**. Op. cit. p. 180-183.

<sup>130</sup> SHAPIRO. **Legality**. Op. cit. p. 181.

<sup>131</sup> Shapiro constrói suas reflexões em grande parte a partir das teorizações de Joseph Raz sobre o ponto de vista do direito. De acordo com Raz: "The legal point of view (of a system S), we could say, consists of the norms of S and any other reasons on which the norm subjects of S are required by the norms of S to act. The ideal law-abiding citizen is the man who acts from the legal point of view. He does not merely conform to law. He follows legal norms and legally recognized norms as norms and accepts them also as exclusionary reason for disregarding those conflicting reasons which they exclude. It is not necessary for a legal system to be in force that its norm subjects are ideal law-abiding citizens or that they should be so (i.e. that legal norms are morally valid). But it is necessary that its judges, when acting as judges, should on the whole be acting according to the legal point of view" RAZ, Joseph. **Practical Reasons and Norms**. (1975) Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 171. A solução apresentada pela teoria do direito como planejamento para o Desafio de Hume torna-se bastante clara a partir da interpretação *em perspectiva* ou "modal" da palavra "jurídico" ao falar em "autoridade jurídica" e "obrigação jurídica", por exemplo. Tem-se, assim, que se está diante de julgamentos descritivos e não normativos. Ou seja, elas descrevem o ponto de vista normativo do direito. Como as afirmações jurídicas se propõem a descrever o ponto de vista do direito, a conclusão é de que o raciocínio jurídico será também um raciocínio descritivo. Assim, a teoria segue o aceitável padrão "descritivo-descritivo", ou seja, de julgamentos descritivos sobre a existência de planos compartilhados ou o conteúdo do ponto de vista do direito outros julgamentos igualmente descritivos são derivados sob o ponto de vista do direito. SHAPIRO. **Legality**. Op. cit. p. 188.

<sup>132</sup> SHAPIRO. **Legality**. Op. cit. p. 205.

independente das particulares intenções desses agentes. Ao mesmo tempo dotada de compulsoriedade e autoridade, pois o consentimento dos sujeitos não é uma condição necessária para a aplicação das exigências do direito.

Há, porém, uma propriedade específica que até o momento apenas se tangenciou, porém se verá com mais vagar a seguir: para além das características acima delineadas, o direito possui uma finalidade específica, qual seja, retificar as deficiências morais associadas às circunstâncias da juridicidade (a tese do propósito moral).

#### 1.2.4. Tese do Propósito Moral

Para a teoria do direito como planejamento, o direito não é tão somente uma organização planejadora dotada de compulsoriedade, mas, para além disso, possui uma finalidade característica: retificar, de um modo eficiente, as deficiências morais associadas com as circunstâncias da juridicidade<sup>133</sup>. Essa é a tese do propósito moral<sup>134</sup>.

De acordo com ela é possível traçar uma linha distintiva entre sistemas jurídicos, de um lado, e, por exemplo, organizações criminosas, de outro. E não pelo fato de que aqueles sejam de fato moralmente superiores a estes, mas sim que pela

<sup>133</sup> SHAPIRO. **Legality**. Op. cit. p. 213.

<sup>134</sup> A Tese do Propósito Moral fez com que se defendesse que a teoria do direito como planejamento poderia ser enquadrada como manifestação do positivismo normativista ou positivismo prescritivo. Nesse sentido: "The aim, then, in every area in which we face the circumstances of legality, is to provide a plan that can get us past disagreement to a point where we are able to orient our action to a common project or a common framework in spite of our moral differences. (...) Its [moral aim thesis] implication is that insistence on a moral criterion for something's counting as "law" will often interfere with and undermine whatever planning functions law is supposed to be performing in the circumstances of moral disagreement. (...) It is an example of what I have called elsewhere 'normative positivism'. One begins from a normative account of law's mission. (Positivists who deny that we can give such an account of law's mission are 'mistaken', says Shapiro (p. 391).) And then one argues that that mission cannot be performed unless rules, commands, norms, edicts, or plans are recognized as law by nonmoral criteria. In other words, one begins from something very like a natural law criterion for law but then one argues that that criterion requires that laws be identifiable as such in a positivistic way". WALDRON, Jeremy, Planning for Legality, **Michigan Law Review**, [S.I.], V. 109, [S.I.], p. 883-902, 2011, p. 893-894. Thomas Bustamante diz, por isso, que Shapiro promete uma espécie de positivismo jurídico descritivo, mas fornece apenas uma teoria interpretativa que justifica sua aderência ao positivismo exclusivista a partir de sua interpretação do propósito moral do sistema jurídico. BUSTAMANTE, Thomas, Interpreting Plans: A Critical View of Scott Shapiro's Planning Theory of Law, **Australian Journal of Legal Philosophy**, [S.I.], V. 37, [S.I.], p. 219-250, 2012. Disponível em < <http://ssrn.com/abstract=2206307> >. Acesso em 15/11/2014. p. 8-10.

natureza daqueles pressupõe-se que sejam melhores do que aqueles. Nesse sentido, "(...) faz parte da identidade do direito ter uma missão moral"<sup>135</sup>.

Ou seja, o propósito das práticas jurídicas é solucionar os problemas morais que emergem nas comunidades, independente de quais sejam eles, inclusive problemas de coordenação que apresentem soluções eminentemente arbitrárias<sup>136</sup>, o que dá a teoria a capacidade de explicar os principais aspectos das práticas jurídicas e sociais.

De qualquer sorte, os "benefícios morais" gerados por um sistema jurídico não são uma mera externalidade positiva e não prevista da atividade jurídica, mas sim a própria razão de ser do exercício da autoridade jurídica. "Supõe-se que sistemas jurídicos sejam, pela sua própria natureza, moralmente bons, e quando assim o são cumprem sua finalidade"<sup>137</sup>.

O direito, por sua vez, possui essa finalidade moral porque as autoridades de alto escalão representam a prática jurídica como detentora de finalidades morais.

De acordo com Shapiro, isso quer dizer que as afirmações dessas autoridades, ainda que não sinceras, precisam necessariamente ser feitas, o que se dá através das mais variadas formas. Em especial pela sua interpenetração no próprio discurso jurídico.

---

<sup>135</sup> Tradução livre de: "(...) it is part of the identity of law to have a moral mission". SHAPIRO. **Legality**. Op. cit. p. 215.

<sup>136</sup> Como explica Diego Papayanis, "Only few people would deny that criminal law and tort law solve moral problems, but many might object that pure coordination problems, given that their solutions are arbitrary, also involve moral problems. Think of the norm that prescribes to drive on the right side of the road. Deciding which side of the road we should drive on is a pure coordination problem; however, there is a *prima facie* moral imperative to reduce the number of accidents between motorists, and motorists and pedestrians (to be sure, not at all economic and moral costs). If this is so, there is a moral imperative to adopt one of the possible rules. On the other hand, once the rule is established, whichever it is, it fulfills a fundamental function in the moral evaluation of conduct. Some morally neutral actions, after the rule is established, become moral wrongs. This means that even coordination rules are in some way related to the resolution of moral problems". PAPAYANNIS. *Legality: Between Purposes...*, Op. cit., p. 110.

<sup>137</sup> Tradução livre de: "Legal systems are by their very nature supposed to be morally good, and when they are so they fulfill their aim". SHAPIRO. **Legality**. Op. cit. p. 216. Isso não quer dizer, porém, que necessariamente todo sistema jurídico, para ser assim considerado, deva atingir essa finalidade. "A proper theory of law must not be so hard-boiled that it denies the jurisprudential significance of injustice; yet it must not be so starry eyed that it exaggerates this significance. The Planning Theory tries to walk this line by affirming that it is part of the nature of law to have a moral aim, while at the same time denying that the failure to attain this end undermines the law's identity as law. Unjust systems have all the properties that make legal systems the things that they are, but they do not do what things of this sort are supposed to do. While they may be pure and unadulterated, they are nonetheless poor and defective". SHAPIRO. **Legality**. Op. cit. p. 392.



É no âmbito desse que descrevem as exigências decorrentes juridicidade como decorrência de uma atividade que se supõe pensada para resolver problemas morais e que, bem por essa razão, deve ser obedecida <sup>138</sup>.

Dizer que a missão do direito é enfrentar as deficiências morais das formas alternativas de planejamento social que existem nas circunstâncias, todavia, está longe de reivindicar que os sistemas jurídicos necessariamente devem ter *sucesso* nessa empreitada. O que caracteriza o direito, portanto, é ter um propósito moral, e não necessariamente a satisfação desse propósito <sup>139</sup>.

Ademais, outra importante característica para o direito descrita por Shapiro, reside no fato de ser uma organização planejadora autocertificadora, ou seja, que é livre para fazer valer suas regras sem necessariamente precisar demonstrar a um ente superior, se esse for existente, que essas mesmas regras são válidas. Ou seja, que possui uma presunção geral de validade <sup>140</sup>.

#### 1.2.5. Breve Síntese da Teoria do Direito como Planejamento

Em síntese, é possível dizer que a resposta da teoria do direito como planejamento de Shapiro à questão da identidade é a seguinte: o que essencialmente caracteriza o direito, compreendido como instituição jurídica, é o fato de ser uma organização planejadora, autocertificadora e compulsória, cuja finalidade é solucionar os problemas morais que não podem ser adequadamente resolvidos mediante formas alternativas de organização social que emergem nas circunstâncias da juridicidade.

Ademais, recorde-se que nem todas as normas são criadas mediante a atividade jurídica, o que tornaria incorreto dizer que *todas as leis* (aqui compreendidas em sentido amplo) são planos, a exemplo das normas assemelhadas a planos que também se incorporam no exercício da autoridade jurídica.

---

<sup>138</sup> SHAPIRO. **Legality**. Op. cit. p. 216-217.

<sup>139</sup> SHAPIRO. **Legality**. Op. cit. p. 213-214.

<sup>140</sup> SHAPIRO. **Legality**. Op. cit. p. 221.

Bem por isso, é possível dizer que as normas jurídicas podem ser: i) partes de um plano mestre de uma organização planejadora, autocertificadora e compulsória, com um propósito moral; ii) planos que foram criados de acordo com esse plano mestre, cuja aplicação é por ele exigida; e iii) normas assemelhadas a planos cuja aplicação é exigida pelo plano mestre<sup>141</sup>.

### 1.3. O DIREITO COMO PLANEJAMENTO NO MARCO DO POSITIVISMO JURÍDICO: PRÉ-COMPREENSÕES, CRÍTICAS E POTENCIAL

Fixadas as linhas gerais da teoria do direito como planejamento, em especial da resposta que fornece à questão da identidade, torna-se possível compreender a afirmação, feita logo no início deste capítulo, de que se trata de uma reflexão teórica inserida no marco do positivismo jurídico, em especial do positivismo exclusivo.

Nesse item será exposto como se evidencia e justifica esse enquadramento, buscando expor algumas das respostas que foram apresentadas pelas principais críticas já formuladas em face do positivismo e que, portanto, devem ser oportunamente enfrentadas pela teoria de Shapiro.

Para além disso, o diálogo com essas respostas serve para desmistificar alguns aspectos da teoria e da prática jurídicas brasileiras. Não raras vezes se vê na literatura nacional uma rejeição acrítica, prévia e não justificada de teorias positivistas.

É possível pensar, inclusive, que essa seja uma das principais razões pela presença de reflexões fragmentadas e pontuais sobre as questões mais prementes ligadas ao direito e cuja reflexão se impõe no marco do neoconstitucionalismo<sup>142</sup>. Sem esse embate de ideias as soluções teóricas enfraquecem-se e se

---

<sup>141</sup> SHAPIRO. *Legality*. Op. cit. p. 225.

<sup>142</sup> Como dito na introdução desta dissertação, entre as várias mudanças pelas quais tem passado o direito como fenômeno em geral, e que são objeto de reflexão teórica encontram-se: i) o reconhecimento da força normativa da constituição; ii) o impacto dos direitos fundamentais; iii) a expansão da jurisdição constitucional; iv) a tensão entre constitucionalismo e democracia; v) as mudanças na teoria das normas (não identidade entre texto e norma, reconhecimento da força normativa aos princípios); vi) a expansão das cláusulas gerais e da construção de microssistemas normativos; vii) maior porosidade a métodos mais abertos de raciocínio jurídico; viii) judicialização da política; ix) a relação entre direito e moral.

particularizam, não conseguindo ser inseridas em uma construção teórica de base que seja mais abrangente.

É de se notar, inclusive, que já foi constatada em sede doutrinária a instalação de um ambiente intelectual no Brasil que aclama as decisões fundadas em normas jurídicas com estrutura de princípio, rejeitando-se, sem maiores justificativas "(...) aquelas calcadas em regras legais, que são vistas como burocráticas ou positivistas - e positivismo hoje no país é quase um palavrão"<sup>143</sup>.

Do mesmo modo, reconhece-se ter havido uma recepção distorcida e transmutada de algumas teorias, como as de Dworkin<sup>144</sup>, o que colabora para uma compreensão ideológica e não contextual das críticas por elas postas no plano da Filosofia e da Teoria do Direito.

Essa rejeição prévia do positivismo, portanto, está ligada a toda uma série de más compreensões, como as de que para o positivismo apenas existiriam normas com estrutura de regra e que essas deveriam ser acriticamente aplicadas em seu sentido literal.

Constrói-se nesse contexto uma imagem caricatural do positivismo<sup>145</sup>, como se tratasse de uma única e frígida teoria, não preocupada com o conteúdo das normas, mas apenas com o seu invólucro.

Mais do que isso, qualquer teoria que receba a etiqueta de positivista passa a ser vista automaticamente como partidária da aplicação mecânica da lei, de uma legitimação incondicional e acrítica do direito posto e que não teria como dar conta da atual realidade normativa, dos direitos fundamentais, da abundância de normas com estrutura de princípio, das cláusulas gerais, etc.

---

<sup>143</sup> SARMENTO, Daniel. **Por um Constitucionalismo Inclusivo**: História Constitucional Brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010. p. 264.

<sup>144</sup> Como explica Dimoulis, "Do ponto de vista bibliográfico, a recepção parcial e interessada que 'transmutou' a obra de Dworkin no Brasil deu-se com recurso a duas estratégias. Primeiro, com a utilização intensiva de seus escritos sobre os princípios jurídicos, ignorando a obra *O Império do Direito*, na qual o autor explica sua concepção sobre as tarefas da teoria do direito, sobre a interpretação e sobre a forma de conexão entre o direito e a moral. Segundo, fazendo uma leitura de Dworkin baseada na obra de Alexy que tem preferências racionalistas-universalistas e se distancia da visão política e comunitarista da moral que encontramos em Dworkin". DIMOULIS. **Positivismo Jurídico...** Op. cit. p. 97.

<sup>145</sup> Sobre o ponto, ver: DIMOULIS. **Positivismo Jurídico...** Op. cit. p. 45-63.

A teoria do direito como planejamento demonstra como essa visão é um equívoco, bastante distanciado das reflexões teóricas que correspondem aos desenvolvimentos das reflexões no marco do positivismo desde o século XX.

### 1.3.1. Formalismo e Textualismo?

Para explicar o primeiro grupo de críticas ao positivismo, Shapiro parte de uma intuição eminentemente prática de quem opera com o direito: "achar" o direito aplicável a um determinado conjunto de fatos envolve muito mais do que apenas passar os olhos em uma lei ou código e "ler" a resposta.

O raciocínio jurídico não é um processo completamente técnico e impessoal, mas sim algo que depende de um grau considerável de julgamento e, portanto, de reconstrução. Julgamento, para o autor, é uma faculdade mental complexa, não reduzível a procedimentos e regras que possam ser quantificados e qualificados de modo explícito<sup>146</sup>.

O reconhecimento de que o raciocínio jurídico apresenta um alto grau de discricionariedade e o quanto, dessa forma, possui ele de arte, e não ciência<sup>147</sup>, levou diversas pessoas a considerar que o positivismo apresentaria um conjunto de explicações não satisfatórias para o fenômeno da juridicidade. Não se conseguiria, assim, reconciliar uma teoria do direito fundada apenas em fatos sociais com as realidades da prática jurídica<sup>148</sup>.

Decorrente dessa percepção, tem-se a primeira objeção mais geral ao positivismo: a ideia de que este seria comprometido com o formalismo jurídico<sup>149</sup>.

---

<sup>146</sup> SHAPIRO. **Legality**. Op. cit. p. 237.

<sup>147</sup> SHAPIRO. **Legality**. Op. cit. p. 235.

<sup>148</sup> "They cannot reconcile a theory of law that grounds all legal facts exclusively in social facts-that distinguishes the way that the law is from the way it ought to be-with the realities of legal practice. For legal reasoning does not appear to be just a sociological inquiry". SHAPIRO. **Legality**. Op. cit. p. 237.

<sup>149</sup> É possível sintetizar quatro principais características do formalismo: i) restrição judicial (o juiz nunca tem discricionariedade para deixar de aplicar uma regra em favor de sua concepção de moralidade; somente o legislador pode emendar a lei, ao juiz cabe encontrá-la e aplicá-la); ii) o caráter determinado do direito (sempre há uma resposta correta para cada questão jurídica); iii) conceitualismo (reivindica que a massa das regras jurídicas decorre de um conjunto de princípios gerais que contém conceitos abstratos); iv) "amoralidade" da jurisdição (tanto o raciocínio jurídico quanto o processo de decisão judicial são independentes da moral, devendo ser usada apenas a

Para o formalismo os sistemas jurídicos modernos são sistemas normativos tendentes à completude, nos quais sempre existiria uma resposta correta para toda e qualquer questão jurídica. Nesses sistemas o papel do juiz seria o de encontrar e aplicar as respostas prontas e acabadas fornecidas pelo direito, sem, contudo, nunca precisar revolver e enfrentar quaisquer questões morais.

Para quem defende essa crítica ao positivismo, o comprometimento com o formalismo se explicaria pelo fato de considerar o raciocínio jurídico como uma atividade que não abre espaço para a moral.

Nega-se aos julgadores, assim, a oportunidade de responder aos imperativos sociais dos casos postos à sua análise. Seriam impossível fazer uso, ao se decidir, de quaisquer considerações de equidade, justiça, eficiência, legitimidade política, etc.<sup>150</sup>.

A prática jurídica, reiteradamente, porém, demonstraria o equívoco da tese de um processo de decisão completamente distanciado da moral. Isso porque diversas vezes os juízes efetivamente fariam julgamentos morais e os utilizariam para decidir os casos concretos.

A referência a julgamentos morais pode variar desde questões éticas (por exemplo, "qual o procedimento justo?"), passando pelas pragmáticas ("quais os impactos econômicos e financeiros desta decisão?") e atingindo as políticas ("como podem as finalidades e valores do sistema ser melhor promovidos?"), as quais aparecem tanto nas cortes de *common law* quanto nas de *civil law*, ainda que nestas últimas algumas vezes de modo "disfarçado" ou encoberto por razões ideológicas<sup>151</sup>.

Raciocínios morais fariam parte do emprego de conceitos normativos, tais como interesse público ou razoabilidade, ao se exercer o controle de constitucionalidade ou mesmo ao se determinar qual, dentre duas interpretações de um texto jurídico, é mais adequada.

Outros exemplos de julgamentos morais podem incluir a adaptação de uma determinada norma para uma situação ainda não prevista ou a resolução de um

---

lógica, entendida como as operações de dedução, indução e análise conceitual). SHAPIRO. **Legality**. Op. cit. p. 241-243.

<sup>150</sup> SHAPIRO. **Legality**. Op. cit. p. 239-240.

<sup>151</sup> SHAPIRO. **Legality**. Op. cit. p. 245.

conflito entre direitos fundamentais, etc. A prática, portanto, demonstraria o positivismo como uma teoria não plausível sobre o raciocínio jurídico<sup>152</sup>.

É preciso lembrar, porém, que Herbert Hart, um dos principais autores no marco do positivismo jurídico no século XX, rejeitou o formalismo jurídico, defendendo que o positivismo seria, inclusive, uma forma de antiformalismo.

Isso pela simples razão de que a sua versão do positivismo rejeita a ideia de determinação completa do direito, fazendo com que, ao menos em algumas hipóteses seja necessária a referência a considerações morais<sup>153</sup>.

Shapiro expõe o ponto de vista hartiano a partir da distinção entre "raciocínio jurídico" e "processo de decisão judicial", a que a teoria do direito como planejamento subscreve integralmente.

Ao primeiro competiria a descoberta do direito<sup>154</sup>, ao passo que ao segundo a solução de um litígio concreto. O fato de o positivismo privilegiar fatos sociais indicaria, nessa visão, que o raciocínio jurídico é independente da moral. Isso, porém, não se pode dizer do processo de decisão judicial. Apenas seria possível concluir de forma diversa, ou seja, que a decisão judicial necessariamente excluiria qualquer consideração moral, se o direito fosse completamente determinado<sup>155</sup>.

Assim, afasta Shapiro a ideia de que o positivismo é necessariamente comprometido com uma teoria formalista da completude do direito ou mesmo do papel do juiz<sup>156</sup>.

Do mesmo modo, não se pode concluir que, da tese da separação entre fatos jurídicos e morais, decorra que os textos jurídicos devam necessariamente ser interpretados conforme o seu significado literal, e jamais de acordo com a sua

---

<sup>152</sup> SHAPIRO. **Legality**. Op. cit. p. 246-247.

<sup>153</sup> SHAPIRO. **Legality**. Op. cit. p. 247.

<sup>154</sup> Joseph Raz adota uma visão mais ampla de raciocínio jurídico. Para ele o raciocínio jurídico (*legal reasoning*) pode ser tanto sobre aquilo que o direito é (*what the law is*) quanto sobre como as controvérsias devem ser resolvidas de acordo com o direito (*how legal disputes should be settled according to law*). Para esse autor o raciocínio jurídico não é necessariamente autônomo em relação ao raciocínio moral. Ver: RAZ, Joseph. *On The Autonomy of Legal Reasoning*. (1993) In: RAZ, Joseph. **Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics**. (1994) Oxford: Oxford University Press, 2001. p. 326-340.

<sup>155</sup> SHAPIRO. **Legality**. Op. cit. p. 248.

<sup>156</sup> SHAPIRO. **Legality**. Op. cit. p. 254.

finalidade subjacente<sup>157</sup>. Ou seja, não há uma necessária conexão com o cognitivismo interpretativo.

Isso porque a rejeição do formalismo dá-se pelo reconhecimento da indeterminação do direito, ou seja, da impossibilidade de se estabelecerem *standards* que regulem a conduta das pessoas que abranjam preventivamente toda e qualquer contingência concreta<sup>158</sup>.

A indeterminação se justifica pela ideia de textura aberta (*open texture*)<sup>159</sup> da linguagem, que assegura que qualquer texto linguístico será omissivo em um grande espectro de questões.

Para Hart haveria uma zona de luz e uma zona de penumbra nas normas jurídicas<sup>160</sup>, o que deixa espaço aberto para que as soluções sejam construídas

---

<sup>157</sup> SHAPIRO. **Legality**. Op. cit. p. 252.

<sup>158</sup> Nesse sentido: "This positivistic embrace of indeterminacy, and rejection of formalism, follows from the impossibility of transmitting standards of conduct to others to settle every contingency in advance" SHAPIRO. **Legality**. Op. cit. p. 248.

<sup>159</sup> A compreensão de Hart da textura aberta pode ser vista na seguinte e clássica passagem de *The Concept of Law*: "Whichever device, precedent or legislation, is chosen for the communication of standards of behavior, these, however smoothly they work over the great mass of ordinary cases, will, at some point where their application is in question, prove indeterminate; they will have what has been termed an open texture. So far we have presented this, in the case of legislation, as a general feature of human language; uncertainty at the borderline is the price to be paid for the use of general classifying terms in any form of communication concerning matters of fact. Natural languages like English are when so used irreducibly open-textured. It is, however, important to appreciate why, apart from this dependence on language as it actually is, with its characteristics of open texture, we should not cherish, even as an ideal, the conception of a rule so detailed that the question whether it applied or not to a particular case was always settled in advance, and never involved, at the point of actual application a choice between alternatives. Put shortly, the reason is that the necessity of for such choice is thrust upon us because we are men, not gods. It is a feature of the human predicament (and so of the legislative one) that we labour under two connected handicaps whenever we seek to regulate, unambiguously and in advance, some sphere of conduct by means of general standards to be used without further official direction on particular occasions. The first handicap is our relative ignorance of fact: the second is our relative indeterminacy of aim. If the world in which we live were characterized only by a finite number of features, and these together with all the modes in which they could combine were known to us, then provision could be made in advance for every possibility. We could make rules, the application of which to particular cases never called for a further choice. Everything could be known, and for everything, since it could be known, something could be done and specified in advance by a rule. This would be a world fit for 'mechanical jurisprudence'. Plainly this world is not our world; human legislators can have no such knowledge of all the possible combinations of circumstances which the future may bring". HART. **The Concept of Law**. Op. cit., p. 127-128.

<sup>160</sup> Riccardo Guastini, um adepto da teoria cética moderada da interpretação jurídica, entende, porém, que a ideia de penumbra em Hart não tem a função de justificar a equivocidade dos enunciados normativos, mas sim, indiretamente, milita em favor da compreensão de que há casos em que necessariamente há um espaço de aplicação pacífica: "Em Hart, portanto, a ideia de área de penumbra serve não tanto para afirmar que as 'normas' são enunciados vagos, de incerta aplicação, mas antes para sublinhar, paradoxalmente, o oposto: apesar de um certo grau de imprecisão, as normas também têm uma área de aplicação pacífica. A 'penumbra', de fato, define-se em negativo como a zona em que não há luz e nem, tampouco, total escuridão. Nem todos os casos são dúbios: a

conforme surjam novas necessidades sociais, vistas pelas especificidades concretas dos casos.

A constatação da existência da textura aberta das normas jurídicas é chamada por Shapiro de "Argumento dos Limites do Social". Ele significa que fatos sociais não podem determinar o que deve ser feito diante de todas as circunstâncias<sup>161</sup>, a partir do que se justifica a tese da discricionariedade judicial.

Assim, a indeterminação do direito não é para o positivismo um defeito, mas constitui, na realidade, uma de suas principais características. Como o formalismo nega a existência de casos equívocos ou incertos, uma interpretação formalista do papel do juiz verdadeiramente desperdiçaria, à luz dessa teoria, as oportunidades morais proporcionadas pela penumbra<sup>162</sup>.

### 1.3.2. Teoria do Direito como Planejamento: Positivismo Exclusivo

A principal diferença entre as vertentes do positivismo jurídico exclusivo e inclusivo diz respeito aos critérios de juridicidade dos fatos jurídicos. Ou seja, aos critérios determinantes da existência de fatos jurídicos. Como explica Jules Coleman:

As duas respostas que vieram a caracterizar os dois principais campos de competição dentro da tradição juspositivista são o Positivismo Jurídico Exclusivo e Inclusivo. O Positivista Exclusivo reivindica que todos os critérios para a juridicidade devem indicar fontes sociais, e, portanto, a moralidade de uma norma nunca pode ser critério para a sua juridicidade. O Positivista Inclusivo nega isso e permite que em algumas vezes a moralidade de uma norma possa ser condição de sua juridicidade. Cada um provê uma coerente e plausível descrição do modo como a moralidade aparece na jurisdição, consistente com os dogmas básicos do positivismo<sup>163</sup>.

---

área dos casos dúbios é delimitada, 'circundada' pela área dos casos claros (de uma parte, o conjunto dos casos aos quais a norma é certamente aplicável; de outra parte, o conjunto dos casos aos quais, também certamente, a norma não é aplicável". GUASTINI. **Das Fontes às Normas**. Op. cit. p. 147. Mais adiante no curso das reflexões se defenderá a possibilidade, a partir das reflexões de Jerzy Wróblewski, de haver efetivamente situações de isomorfia, ou seja, de aplicação pacífica, sem, contudo, se subscrever a uma concepção cognitivista da prática interpretativa ou da decisão judicial.

<sup>161</sup> SHAPIRO. **Legality**. Op. cit. p. 251.

<sup>162</sup> SHAPIRO. **Legality**. Op. cit. p. 257.

<sup>163</sup> Tradução livre de: "The two responses that have come to characterize the main competing camps within the legal positivist tradition are Exclusive and Inclusive Legal Positivism. The Exclusive Legal



Isso significa que para o positivismo exclusivo a moral não interfere conceitualmente na definição do direito, sendo estabelecido tão somente pelos fatos sociais.

O positivismo inclusivo, por outro lado, adota um critério para existência do direito que pode incorporar elementos morais.

É importante ressaltar que, apesar do que poderia parecer em uma primeira aproximação, o positivismo jurídico exclusivo não exclui a possibilidade de existência de leis que contenham conceitos eminentemente morais.

O que ele reivindica, a rigor, é que essas regras constituem direito porque possuem *pedigree* social. Ou seja, ou foram aprovadas pelo parlamento, decididas mediante precedente vinculante ou emitidas por autoridades administrativas. O que se nega é que fatos eminentemente morais possam ser responsáveis pela sua existência ou conteúdo<sup>164</sup>.

É possível ver, portanto, o porquê de a teoria do direito como planejamento ser, pela sua própria lógica interna, eminentemente inserida no marco do positivismo exclusivo, rejeitando a vertente inclusiva.

Para a lógica do planejamento a existência e o conteúdo de um plano não podem ser determinados pelos próprios fatos cujo plano pretende, ele próprio, resolver.

Como diz Shapiro:

Porque a existência e o conteúdo do direito podem ser determinados apenas por fatos sociais, não há perigo de que o processo de descoberta do direito irá derrotar o próprio propósito de se ter o direito. Fatos sociais são determinados mediante observação empírica, e não deliberação moral. Eles autorizam a natureza assemelhada a planos das normas jurídicas a atingir sua função, qual seja, de resolver a deliberação sobre o mérito e, assim, guiar e organizar os membros da comunidade de modo a solucionar os problemas morais e aproveitar as oportunidades morais<sup>165</sup>.

---

Positivist claims that all criteria of legality must state social sources, and thus that the morality of a norm can never be a criterion of its legality. The Inclusive Legal Positivist denies that, and allows that sometimes the morality of a norm can be a condition of its legality. Each can provide a coherent and plausible account of the way morality figures in adjudication, consistent with the basic tenets of positivism". COLEMAN, Jules L. Constraints on the Criteria of Legality, **Legal Theory**, [S.l.], V. 6, No. 2, p. 171-183, Jun. 2000, p. 173.

<sup>164</sup> SHAPIRO. **Legality**. Op. cit. p. 271-272.

<sup>165</sup> Tradução livre de: "Because the existence or content of the law can be determined only by social facts, there is no danger that the process of legal discovery will defeat the very purpose of having law. Social facts are determined through empirical observation, not moral deliberation. They enable the

O positivismo jurídico exclusivo, por sua vez, não viola a lógica do planejamento ao reconhecer a existência de normas que contenham conceitos morais.

Não é necessário, portanto, que o direito elimine completamente o raciocínio moral, sendo apenas preciso que desloque a necessidade dessa discussão.

Ou seja, apenas é preciso que retire determinados pontos da imperiosidade de uma nova rodada de deliberação não canalizada. Desde de que se consiga guiar a deliberação em um determinado sentido, a norma conseguirá implementar sua função enquanto plano<sup>166</sup>.

Desse modo, a teoria do direito como planejamento apresenta a mesma solução do positivismo exclusivo para aqueles que eventualmente a acusem de formalista.

Para essa teoria o fato de os juízes rotineiramente apelarem a considerações morais ao julgar devem ser interpretados não como rejeição da tese da separação entre direito e moral, mas sim como elemento que indica que os juízes estão envolvidos em mais uma etapa de planejamento social. "Pois se os antigos planos/leis pudessem ser encontrados apenas mediante raciocínio moral, absolutamente não se teria razão para tê-los em primeiro lugar"<sup>167</sup>.

E aqui reside a riqueza de se verificar o processo eminentemente incremental e cumulativo do planejamento, pois permite compreender como a capacidade resolutiva do direito aumenta ao longo do tempo<sup>168</sup>.

---

planlike nature of legal norms to accomplish their function, namely, to settle deliberation on the merits and thereby guide and organize members of the community so as to solve moral problems and seize moral opportunities". SHAPIRO. **Legality**. Op. cit. p. 275-276

<sup>166</sup> SHAPIRO. **Legality**. Op. cit. p. 275-276.

<sup>167</sup> Tradução livre de: "For if the old plans/laws could be found only through moral reasoning, there would be absolutely no point in having them in the first place". SHAPIRO. **Legality**. Op. cit. p. 277.

<sup>168</sup> "Planning begins by settling some issues but may present only a blurry image of the actions regulated. New subplans home in on the actions using finer descriptions, thereby obviating further deliberations on the merits. (...) Legislation frequently proceeds in this incremental fashion, specifying very broad standards at the outset, and either delegating rule-making authority to agencies or courts to fill these plans out or engaging in further legislation to settle matters left open by the original legislation. The legal point of view becomes more focused over time, until the actions that fall within its purview are so finely described that they can be identified without any deliberation at all". SHAPIRO. **Legality**. Op. cit. p. 278.

### 1.3.3. Desacordos Teóricos e a Lógica Geral do Planejamento em Shapiro: Levar a Confiança e a Diversidade a Sério na Metainterpretação

Shapiro mostra como Ronald Dworkin apresentou duas objeções diferentes e importantes ao positivismo. A primeira<sup>169</sup> parte da percepção de que mesmo nos casos difíceis existiria uma resposta correta e os juízes não possuiriam discricionariedade. Ou seja, Dworkin ataca o positivismo não pela sua suposta adoção do formalismo, mas justamente pela sua rejeição a uma posição formalista<sup>170</sup>.

Pode-se considerar, assim, que o cerne da primeira crítica diz respeito ao confronto entre duas concepções bastante distintas da prática jurídica<sup>171</sup>, elemento central do debate travado entre Dworkin e Hart<sup>172</sup>.

De um lado, tem-se a concepção positivista, para a qual o direito é determinado apenas por fatos sociais, o raciocínio jurídico não envolve o raciocínio moral, os sistemas jurídicos são antiformalistas e, nos casos difíceis, os juízes poderão exercer substancial discricionariedade para reparar as lacunas.

De outro lado, tem-se a concepção de Dworkin, para a qual a prática indicaria que mesmo os casos difíceis são regulados pelo direito, que sempre há respostas corretas e os juízes não tem forte discricionariedade, devendo o raciocínio jurídico envolver, necessariamente, o raciocínio moral.

Será dado enfoque aqui, porém, à segunda crítica apresentada por Dworkin. Isso porque, como explica Shapiro, Dworkin defende que a existência de debates sobre o método interpretativo a ser adotado impõe ao positivismo uma dificuldade extremamente grande. Isso porque indicariam que os fatos sociais em que se acredita fundar os sistemas jurídicos (convenção ou consenso) simplesmente não ocorreriam concretamente.

---

<sup>169</sup> A primeira série de críticas de Ronald Dworkin trabalhadas por Shapiro podem ser encontradas nos artigos do autor, em especial "Casos Difíceis", "O Modelo de Regras I" e "O Modelo de Regras II", posteriormente compilados no livro **Levando os Direitos a Sério**. (1977) São Paulo: Martins Fontes: 2002.

<sup>170</sup> SHAPIRO. **Legality**. Op. cit. p. 261.

<sup>171</sup> SHAPIRO. **Legality**. Op. cit. p. 267.

<sup>172</sup> Para uma visão mais ampla do debate entre Dworkin e Hart, ver, SHAPIRO, Scott J., The "Hart-Dworkin" Debate: A Short Guide for the Perplexed. **University of Michigan Law School - Public Law and Legal Theory Working Paper Series**, [S.l.], Working Paper No. 77, Mar. 2007, Disponível em < <http://ssrn.com/abstract=968657>>. Acesso em: 12/11/2014.

Ou seja, a crítica parte da ideia de que o positivismo não conseguiria dar conta desse tipo de embate argumentativo. Para Dworkin, a única explicação plausível para esses confrontos é de que constituem, na realidade, instâncias de disputas políticas mais amplas, as quais, por sua vez, somente seriam adequadamente enfrentadas e solucionadas mediante raciocínio moral<sup>173</sup>.

É importante ter em mente que para Dworkin a prática jurídica é eminentemente argumentativa<sup>174</sup>, de modo que são feitas diversas reivindicações argumentativas pelos participantes sobre aquilo que o direito exige ou proíbe.

Dessa constatação, Shapiro passa a fazer a reconstrução do segundo argumento dworkiniano contra o positivismo<sup>175</sup>.

Como explica, Dworkin traça a distinção entre proposições de direito e fundamentos de direito. Os primeiros dizem respeito ao conteúdo do direito, ao passo que os segundos dizem respeito aos fundamentos que tornam essas proposições verdadeiras ou falsas.

Assim, pode haver dois tipos de desacordos. De um lado, desacordos sobre se determinados fundamentos de direito foram efetivamente implementados; de outro, desacordos sobre o que esses fundamentos são, ou seja, discordâncias teóricas sobre a identidade dos fundamentos de direito.

Esses vários conflitos não seriam passíveis de explicação pelo positivismo para Dworkin, continua Shapiro, pois este seria comprometido com a visão plana e factual do direito (*plain fact view*), que, por sua vez é constituída por duas partes. De um lado, os fundamentos do direito são definidos pelo consenso entre as autoridades jurídicas (*legal officials*). De outro, a impossibilidade de que fatos morais sejam fundamento do direito, que somente pode ser explicado por fatos históricos (ou seja, efetivamente ocorridos).

Assim, desacordos seriam simplesmente autoderrotáveis pelas premissas do positivismo, pois é impossível algo ser um fundamento de direito se não há, sobre ele, consenso.

---

<sup>173</sup> SHAPIRO. **Legality**. Op. cit. p. 283.

<sup>174</sup> Tradução livre de: "(...) every actor in the practice understands that what it permits or requires depends on the truth of certain propositions that are given sense only by and within the practice (...)" DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1986. p. 13.

<sup>175</sup> Isso é feito especialmente nas páginas 284 a 287 de SHAPIRO. **Legality**. Op. cit.

Na realidade, pode-se perceber que desacordos somente poderiam ser empíricos, ou seja, sobre a existência ou não existência de determinados fatos históricos, e nunca, portanto, ligados à identidade dos fundamentos de direito. Isso ao contrário do que se pode constatar, frequentemente, na prática jurídica, em que desacordos sobre os fundamentos do direito existem em profusão.

Para Shapiro, o que Dworkin<sup>176</sup> demonstrou, na realidade, é que sem algum acordo oficial e prévio, desacordos teóricos seriam legítimos, e não apenas manifestação de incoerência ou falta de sinceridade dos agentes e das autoridades jurídicas<sup>177</sup>.

Aqui é possível ver a diferente tomada de posição de Shapiro e Dworkin. Isso porque este assume que os desacordos fundamentais sobre a interpretação jurídica dizem respeito aos fundamentos de direito, que, em sua concepção, estão diretamente ligados a fatos morais. A teoria do direito como planejamento daquele, porém, entende que nunca fatos morais determinam o conteúdo do direito<sup>178</sup>.

Dessa forma, propõe Shapiro um denominador comum para haver diálogo entre as duas propostas teóricas. Isso se dá com a substituição de "fundamento de direito" por "metodologia interpretativa". Com essa alteração se permite trabalhar com a questão eminentemente prática dos desacordos sobre a escolha das metodologias interpretativas<sup>179</sup>.

Uma teoria que tenha como objetivo responder esse tipo de questão é, na realidade, uma teoria metainterpretativa. Entende Shapiro, porém, que é necessário, na construção de uma teoria desse porte, estender a lógica do planejamento jurídico para a interpretação dos planos dele decorrentes.

---

<sup>176</sup> Por fugir aos objetivos do presente trabalho não exporemos aqui a teoria da interpretação (direito como integridade) construída por Dworkin para dar conta da coerência dos desacordos teóricos no sistema jurídico norte-americano, remetendo o leitor para os artigos "Não Existe Mesmo Nenhuma Resposta Certa em Casos Controversos?", "De que Maneira o Direito se Assemelha à Literatura", e "Interpretação e Objetividade", todos publicados como capítulos em DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. (1985) São Paulo: Martins Fontes, 2005, bem como aos capítulos dois ("Interpretive Concepts") e sete ("Integrity in Law") de DWORKIN. **Law's Empire**. Op. cit.

<sup>177</sup> SHAPIRO. **Legality**. Op. cit. p. 290-291.

<sup>178</sup> SHAPIRO. **Legality**. Op. cit. p. 303.

<sup>179</sup> SHAPIRO. **Legality**. Op. cit. p. 305.

Assim, desenvolve o argumento da "lógica geral do planejamento": a interpretação de qualquer plano de um sistema de planos não pode ser determinada pelos fatos cuja existência qualquer plano daquele sistema vise a solucionar.

É importante perceber um elemento central decorrente dessa tese: exclui-se a possibilidade de qualquer interpretação, tanto as que resultem em novos planos, quanto aquelas que levem à descoberta de planos pré-existentes, seja determinada exclusivamente pelos fatos cuja existência qualquer lei (entendida aqui, uma vez mais, em sentido amplo) do sistema jurídico já tenha tido o objetivo de solucionar<sup>180</sup>.

Como a teoria do planejamento articula essas compreensões no plano da interpretação jurídica será objeto do próximo capítulo. De qualquer sorte, é possível desde já perceber que a resposta teórica apresentada pela teoria do direito como planejamento à objeção de Dworkin não ignorará as questões de caráter e confiança existentes nos planos do sistema jurídico (em especial no seu plano mestre), levando a sério a diversidade e a pluralidade que caracterizam as instâncias de atividade compartilhada massiva.

---

<sup>180</sup> SHAPIRO. **Legality**. Op. cit. p. 311.

## CAPÍTULO 2 - OS REFLEXOS DO DIREITO COMO PLANEJAMENTO PARA A INTERPRETAÇÃO JURÍDICA: JUÍZES PLANEJADORES E O INSTRUMENTO DO PRECEDENTE

### 2.1. METAINTERPRETAÇÃO E A ECONOMIA DA CONFIANÇA DE UM SISTEMA JURÍDICO

Uma robusta teoria do direito é incompleta se não esclarece os seus reflexos para a interpretação jurídica. Como bem percebido por Giorgio Pino, teorias do direito que não tragam qualquer consequência para as questões interpretativas, ou, de outro lado, teorias da interpretação que não se liguem a qualquer possível teoria do direito são extremamente suspeitas, ainda que não sejam de todo inconcebíveis<sup>181</sup>.

As implicações da teoria do direito como planejamento para a interpretação têm como pressuposto a análise de uma questão teórica que possui inescondíveis reflexos práticos: como se escolhem as metodologias interpretativas adequadas? Como se explicam os desacordos sobre elas?

Ou seja, mais do que fornecer uma teoria interpretativa específica, a teoria do direito como planejamento resulta, no campo da interpretação, em uma teoria metainterpretativa<sup>182</sup>.

Busca-se, assim, prover os participantes de sistema jurídico concreto com os recursos teóricos necessários para que descubram qual a melhor teoria da interpretação a ser aplicada pelos diversos agentes que atuam nesse sistema.

A partir da resposta dada à questão da identidade a teoria do direito como planejamento vê que não se pode ignorar que as atitudes de confiança e desconfiança pressupostas pelo direito têm vínculo umbilical com a escolha adequada das metodologias hermenêuticas, o que se liga à apresentação de uma resposta adequada à questão da implicação.

---

<sup>181</sup> PINO, Giorgio. "What's the Plan?": On Interpretation and Meta-Interpretation in Scott Shapiro's *Legality*. In: CANALE, Damiano; TUZET, Giovanni (Org.). **The Planning Theory of Law: a Critical Reading**. Dordrecht: Springer, 2013. pp. 187-205. p. 187.

<sup>182</sup> SHAPIRO, Scott J. **Legality**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011. p. 305.

Assim, pretende a teoria dar conta da adequada intuição prática de que quanto mais confiável reputa-se um determinado agente - o que se faz a partir de um julgamento sobre seu caráter e competência -, maior liberdade interpretativa a ele deve ser atribuída.

Esse ponto comumente não é respondido de forma direta e clara pelas reflexões teóricas sobre direito e interpretação. Isso porque ou bem se ignora completamente o tema, ou, o que parece ainda mais complicado, não se observam as características dos agentes, atribuindo-lhes, não raro, um colorido *hercúleo* e distanciado das capacidades pressupostas pela atividade que lhes é atribuída pelo sistema.

A ausência de uma maior preocupação acadêmica sobre um método para a extração da confiança e caráter dos agentes, porém, não significa que a questão não se faça presente no dia a dia.

Se é certo que os debates metainterpretativos variam por um largo conjunto de temas<sup>183</sup>, não se pode ignorar que o principal ponto de disputas teóricas existente diz respeito à aplicação de métodos hermenêuticos mais restritivos ou abertos<sup>184</sup>.

E é sobre essa questão que a teoria do direito como planejamento lança novas luzes. Isso porque a partir dela se reconhece que planos não são apenas instrumentos que contrabalanceiam a falta de confiança nos outros, mas também constituem mecanismos sofisticados que permitem que se tire proveito da confiança que é deposita pelo sistema jurídico em um dado agente ou conjunto de agentes compreendidos em uma unidade institucional.

A função de gestão da confiança, desse modo, está ligada ao fato de que os planos são instrumentos que permitem a consecução dos mais variados propósitos, ou seja, podem, em tese, possuir qualquer conteúdo, ter diversos tamanhos e ser combinados de modo a construir uma densa e composta rede.

Essa potencialidade regulatória dos planos não apenas faz ver, mas ao mesmo tempo auxilia na explicação mais nítida da complexidade que geralmente é encoberta, por exemplo, pelo manto ideológico de uma teoria estrita da separação

---

<sup>183</sup> Como exemplos podem ser citados: a discussão sobre a possibilidade de se interpretar a lei a partir dos trabalhos legislativos ou a partir da intenção dos legisladores, o dever de serem respeitadas as decisões administrativas (incluindo a deferência às decisões das agências reguladoras) ou, ainda, a questão sobre a obediência aos precedentes em matéria constitucional e infraconstitucional.

<sup>184</sup> SHAPIRO. **Legality**. Op. cit. p. 353.



de poderes. Concretamente é que se verificarão as relações (e possíveis sobreposições, em relação a um determinado grupo de agentes), de atividades de adoção e desenvolvimento incremental de planos, de um lado, e de sua aplicação, de outro.

A distribuição da confiança de um plano constitui a sua economia da confiança. É possível dizer que quanto mais generosa for a economia da confiança de um dado plano, mais discricionariedade terá o seu aplicador para se afastar do significado literal de seu texto, buscando, por exemplo, implementar os propósitos a ele subjacentes<sup>185</sup>. Mas não apenas a isso se restringe a distribuição de confiança, uma vez que o próprio plano pode, expressamente, construir espaços de maior autonomia para o aplicador.

Percebe-se, assim, que a alocação de poder de decisão que decorre da escolha de uma metodologia interpretativa deve ser consistente com a economia de confiança do sistema jurídico.

De todo modo, a única forma de implementar a função de gestão da confiança é submeter-se à particular economia do plano (ou do conjunto de subplanos que o compõem).

Como grande parte dos problemas que emergem nas circunstâncias da juridicidade<sup>186</sup> dizem respeito à confiança<sup>187</sup>, um dos principais papéis desempenhados pelo direito e pela atividade jurídica diz respeito à sua administração. E esse papel se implementa por meio de planejamento social, para o qual a tarefa de desenho institucional é crucial.

Percebe-se a relevância da construção institucional pois esta deve se preocupar em "(...) alocar poder suficiente de modo que os problemas sejam resolvidos, mas não tanto de modo que esse poder possa ser abusado e

---

<sup>185</sup> SHAPIRO. *Legality*. Op. cit. p. 335.

<sup>186</sup> Lembre-se que as condições da juridicidade, que tornam desejáveis formas sofisticadas de planejamento social ocorrem, para a teoria de Shapiro, quando uma comunidade tem sérios e numerosos problemas morais cujas soluções são complexas, controversas ou arbitrárias.

<sup>187</sup> Planos jurídicos também têm a importante função de administrar conflitos decorrentes da relação competitiva entre os planejadores.

explorado"<sup>188</sup>, permitindo uma arquitetura de colaboração e, ao mesmo tempo, de controle.

Para a decodificação do problema, então, desloca-se a atenção para a seguinte pergunta: como avaliar a confiabilidade de um determinado agente de acordo com um plano? Há dois diferentes procedimentos metainterpretativos possíveis<sup>189</sup>.

O primeiro, que Shapiro denomina "método do olhar divino" (*God's-eye method*), delimita a adequada metodologia interpretativa a partir da *real* competência e caráter do agente.

Ou seja, ao fim e ao cabo, é permitido que o próprio metaintérprete avalie a sua confiabilidade real para, somente então, atribuir-se maior ou menor liberdade hermenêutica.

O segundo método, por sua vez, é denominado "método dos planejadores" (*planners method*). De acordo com essa metodologia, um metaintérprete não deve estimar a sua própria confiabilidade, mas sim seguir as visões que os planejadores do sistema têm especificamente acerca de sua competência e caráter.

Deve, portanto, extrair as atitudes de confiança presentes nos planos que compõe o sistema jurídico, para somente então determinar o método hermenêutico a ser utilizado.

Como se pode imaginar, o maior problema com a abordagem do "olhar divino" é que, inicialmente, ela viola o princípio da lógica geral do planejamento<sup>190</sup>, recriando, ainda que parcialmente, as deficiências que existem nas circunstâncias da legalidade.

---

<sup>188</sup> Tradução livre de: "(...) to allocate enough power so that this power so that problems may be solved, but not so much that this power can be abused and exploited." SHAPIRO. **Legality**. Op. cit. p. 338.

<sup>189</sup> SHAPIRO. **Legality**. Op. cit. p. 345-346.

<sup>190</sup> Como foi visto anteriormente, no item 1.3.3 do primeiro capítulo. No mesmo sentido: "General Logic of Planning: The interpretation of any member of a system of plans cannot be determined by facts whose existence any member of that system aims to settle". SHAPIRO. **Legality**. Op. cit. p. 311.

Isso pois "(...) ao requerer que aqueles que são regulados pelos planos determinem quão confiáveis eles próprios são, a abordagem do olhar divino reabre a caixa de Pandora"<sup>191</sup> das questões morais que o próprio direito buscou solucionar<sup>192</sup>.

Para saber que atitudes de confiança e desconfiança deve-se privilegiar, é importante entender o porquê, as razões pelas quais os atuais participantes do sistema jurídico aceitem ou, no mínimo tenderem a aceitar, o sistema construído pelos planejadores<sup>193</sup>, ponto que ficará mais claro adiante.

### 2.1.1. Determinação da Economia da Confiança

Shapiro explica que quatro grupos ou categorias de agentes podem desempenhar papéis relevante na metainterpretação. São eles as autoridades jurídicas, os agentes, os planejadores e os próprios metaintérpretes<sup>194</sup>. A sua definição é bastante singela, mas serve para compreender sua posição face o sistema

As autoridades jurídicas ("*officials*") são aqueles agentes que ocupam determinados cargos ("*offices*") em um dado sistema jurídico. Os agentes, de um

---

<sup>191</sup> Tradução livre de: "(...) by requiring those who are regulated by the plans to determine how trustworthy they themselves are, the God's-eye approach reopens the Pandora's Box". SHAPIRO. **Legality**. Op. cit. p. 345-348.

<sup>192</sup> Mais especificamente, é importante ressaltar que o ponto de vista dos planejadores é essencial na teoria meta interpretativa para uma de suas fases específicas: a extração. Como se verá adiante, nessa o respeito aos julgamentos dos planejadores é nodal para a determinação das questões referentes à confiança, aos objetivos e valores a ser perseguidos. Ressalte-se que o método do olhar divino aparece nas fases de "especificação" e "avaliação", sem, contudo, violar-se o princípio da lógica geral do planejamento. SHAPIRO. **Legality**. Op. cit. p. 445-446.

<sup>193</sup> Shapiro traça uma distinção entre dois tipos ideais de sistemas jurídicos, o de "autoridade" e o "oportunista". "In an 'authority' system, the reason why the bulk of the officials accept, or purport to accept, the rules of the system is that these rules were created by those having superior moral authority or judgment. The authoritative provenance of these rules, in other words, is deemed to be of paramount moral importance. In an 'opportunistic' system, by contrast, the origins of most of these rules are deemed morally irrelevant. Officials in these regimes accept them because they recognize, or purport to recognize, that these rules are morally good and hence further the fundamental aim of law". SHAPIRO. **Legality**. Op. cit. p. 350. Entende-se aqui, porém, que essa distinção não possui relevância prática no que diz respeito à aplicação da teoria meta interpretativa construída pelo autor. Isso porque ele próprio esclarece que apenas por uma questão de simplicidade se concentrará em sistemas do primeiro tipo ("de autoridade"), mas que para ajustar a teoria para sistemas "oportunistas" bastaria substituir a denominação autoridade jurídica ("*official*") por planejador ("*planner*"). Ibidem, p. 358.

<sup>194</sup> SHAPIRO. **Legality**. Op. cit. p. 356.

modo mais geral, são as pessoas a que são atribuídos direitos e responsabilidades e que, em razão disso, de algum modo contribuem para a consecução dos objetivos políticos do sistema. Essa categoria inclui tanto os cidadãos "comuns" quanto aqueles que ocupam cargos na estrutura de poder do sistema jurídico. Os planejadores (ou *designers*)<sup>195</sup> são aqueles responsáveis pela criação, modificação ou extinção das instituições do sistema jurídico, ou, ainda, aqueles que de algum modo afetaram os relacionamentos entre essas instituições. E, por fim, há os próprios metaintérpretes, categoria em que se incluem todas as pessoas que tentam descobrir qual a melhor metodologia interpretativa a ser adotada por um determinado agente dentro do sistema jurídico.

A tese central é de que uma teoria metainterpretativa adequada deve sempre respeitar a economia da confiança do sistema jurídico, não demandando, para tanto, que essas metodologias sejam justificadas do ponto de vista moral.

Como explica Shapiro, não há como se falar em algo como um único e correto julgamento sobre a adequada interpretação de um texto jurídico. Isso porque, a "interpretação jurídica é sempre relativa a um agente: um texto é interpretado corretamente apenas em relação a um agente e sua particular posição na economia da confiança do sistema"<sup>196</sup>.

Isso porque os planejadores atribuem papéis para os diversos agentes a partir da compreensão de que suas contribuições implementarão a finalidade do direito. Como já se viu no primeiro capítulo, para a teoria do direito como planejamento essa corresponde ao remediar das deficiências morais que emergem nas circunstâncias da juridicidade.

---

<sup>195</sup> Ao não fechar os olhos para o fato de que os sistemas jurídicos são dinâmicos e possuem mecanismos para a sua própria revisão, torna-se evidente que a própria definição de quem se enquadra na categoria de *planejador* muda na mesma proporção em que se modifica a estrutura do sistema. Essa intuição permite, por exemplo, perceber que o reconhecimento da força normativa da constituição e a expansão das técnicas de *interpretação do direito de acordo com a constituição* tiveram um impacto significativo na *colaboração interpodere*s nas democracias constitucionais contemporâneas, operando um verdadeiro "deslocamento no eixo do poder", crucial para a compreensão da realidade jurídica contemporânea.

<sup>196</sup> Tradução livre de: "Legal interpretation is always actor relative: a text is interpreted correctly only in relation to an actor and her particular place within the system's economy of trust". SHAPIRO SHAPIRO. **Legality**. Op. cit. p. 358.

Nesse sentido, a teoria do direito como planejamento pressupõe, no campo da interpretação, que um metaintérprete deve desempenhar um conjunto de três diferentes tarefas<sup>197</sup>.

Primeiramente, deve averiguar quais são as propriedades básicas das várias metodologias interpretativas disponíveis.

Em segundo lugar deve tentar extrair da estrutura institucional do sistema jurídico informações relevantes (a atitude dos planejadores diante do caráter e competência de determinados agentes, bem como os objetivos cuja promoção a eles foi confiada).

Por fim, deve reconstruir os dados extraídos nas duas primeiras etapas, ou seja, retirar do sistema as atitudes de confiança, a fim de determinar qual efetivamente é a metodologia interpretativa adequada a ser adotada pelo intérprete.

Cada uma dessas tarefas corresponde a três etapas específicas da metainterpretação, que serão adiante explicadas individualmente: a especificação, a extração e a avaliação.

#### 2.1.1.1. Especificação

Na especificação, o metaintérprete busca responder à seguinte questão: "Que competência e caráter são necessários para implementar diferentes tipos de procedimentos interpretativos"<sup>198</sup>?

Ou seja, busca fixar os pré requisitos intelectuais e éticos das diversas metodologias interpretativas, pressupondo, para tanto, que existam diferenças não triviais entre elas. A busca por esses pré requisitos é feita com base nos próprios julgamentos do metaintérprete sobre o conhecimento, habilidade, talento, temperamento e personalidade exigidos por certas operações intelectuais.

É preciso ter em mente que o próprio grau de discricionariedade que um determinado método interpretativo atribui ao intérprete pode variar entre os diversos tipos de textos jurídicos. Por exemplo, pode-se falar que uma interpretação

---

<sup>197</sup> SHAPIRO. **Legality**. Op. cit. p. 358.

<sup>198</sup> Tradução livre de: "What competence and character are needed to implement different sorts of interpretive procedures?" SHAPIRO. **Legality**. Op. cit. p. 359.

textualista limitaria a discricionariedade diante de normas jurídicas bastante detalhadas e com estrutura de regra, porém o mesmo não se pode dizer diante de *standards* ou princípios<sup>199</sup>, perante as quais a mesma abordagem conferiria maior discricionariedade.

A especificação implica questionar que nível e tipo de expertise são necessárias para implementar um determinado método interpretativo com sucesso, bem como quão difícil é para os outros detectarem eventuais erros grosseiros ou abusos que possam surgir no processo de interpretação dos textos jurídicos.

Como não poderia deixar de ser, deve ser dada atenção ao ambiente construído institucionalmente, pois mesmo uma metodologia interpretativa que exigiria grande grau de probidade para ser implementada em um determinado contexto institucional, poderia, em outro, exigir muito menos<sup>200</sup>.

Isso porque mesmo um agente em princípio não dotado de grande confiabilidade pode seguir de forma escrupulosa uma metodologia discricionária desde que o arranjo institucional do sistema preveja mecanismos de controle dessa mesma discricionariedade.

#### 2.1.1.2. Extração

Na extração, o metaintérprete busca responder duas diferentes, porém relacionadas questões: "(a) Que competência e caráter os planejadores acreditavam os agentes possuir que os levaram a confiar a esses dadas tarefas? (b) Quais objetivos sistêmicos os planejadores pretendiam que os vários agentes promovessem e implementassem"<sup>201</sup>?

Trata-se, portanto de um processo eminentemente explanatório. Explica Shapiro:

O metaintérprete busca demonstrar que a estrutura institucional de um particular sistema é devida, em parte, ao fato de que aqueles que o

<sup>199</sup> SHAPIRO. **Legality**. Op. cit. p. 441-442.

<sup>200</sup> SHAPIRO. **Legality**. Op. cit. p. 360.

<sup>201</sup> Tradução livre de: "(a) What competence and character that the planners believed actors possess led them to entrust actors with the task that they did? (b) Which systemic objectives did the planners intend various actors to further and realize?" SHAPIRO. **Legality**. Op. cit. p. 359.

desenharam tinham certas visões sobre a confiabilidade dos agentes em questão e, portanto, a eles confiaram certos direitos e responsabilidades. As visões extraídas mediante essa prática são aquelas que melhor explicam a construção e adoção dos textos que guiam a prática, pois são essas ações que criam as regras<sup>202</sup>.

A expressão dessa confiança pode ser tanto explícita quanto implícita ao longo do sistema jurídico.

É possível pensar, por exemplo, que a adoção de uma constituição que autorize determinados agentes a planejarem para aquela comunidade, bem como o reconhecimento de instâncias de planejamento de cima para baixo (e, adicionamos: de baixo para cima) pode indicar uma atitude de confiança dos planejadores em relação àqueles agentes assim autorizados.

Outro exemplo, mas no plano infraconstitucional, diz respeito à aprovação pelo legislativo de uma lei formulada com vários conceitos de tessitura mais aberta, o que também indicaria uma atitude de confiança em relação àqueles autorizados a implementá-la.

Perceba-se que o uso do termo autorizado aqui se dá no sentido utilizado pela teoria de Shapiro, pois é possível ver, nos exemplos citados, o desempenho de uma atividade não apenas aplicativa, mas que não raras vezes indicará o desempenho de uma nova atividade *planejadora* e de construção de subplanos jurídicos a partir da interpretação.

É importante frisar, porém, que durante a extração o metaintérprete deve ter em mente as atitudes comuns de confiança, pois a atividade jurídica, assim como o desenho institucional, é fruto de uma atividade compartilhada.

O escopo da teoria da metainterpretação não exige que todo metaintérprete envolva-se em uma massiva "exumação" de toda a estrutura institucional. Isso porque sua finalidade está diretamente ligada aos julgamentos sobre a confiabilidade do agente que são subjacentes ao papel por si desempenhado.

Assim, quanto maior o grau de confiança, maior o escopo da extração. Isso explica, por exemplo, o porquê se pode exigir que juízes, que exercem um papel central em um sistema jurídico, devam entender o funcionamento geral do sistema e

<sup>202</sup> Tradução livre de: "The meta-interpreter attempts to show that a system's particular institutional structure is due, in part, to the fact that those who designed it had certain views about the trustworthiness of the actors in question and therefore entrusted actors with certain rights and responsibilities. The views extracted through this practice are those that best explain the construction and adoption of the texts that guide the practice, for it is these actions that create the rules". SHAPIRO. **Legality**. Op. cit. p. 361.

os diversos relacionamentos entre as várias normas do sistema<sup>203</sup>. Isso diferentemente, por exemplo, de um outros agentes, como policiais, de quem não seria sequer razoável exigir que deveria considerar todas as delicadas questões da estrutura constitucional, e, por exemplo, de diálogo institucional entre os poderes, no momento de determinar como interpretar as leis que aplicarão.

Alerta-se, porém, que os sistemas jurídicos são geralmente construídos e reconstruídos ao longo do tempo, de modo que seria surpreendente encontrar um conjunto coerente e imutável de visões acerca da confiança subjacentes à totalidade dos *planos* jurídicos<sup>204</sup>.

Bem por isso a tarefa do metaintérprete não apenas se resume a restaurar as diversas atitudes de confiança conflitantes, mas sim em verdadeiramente *sintetizá-las* em uma visão racional. Isso faz ver que a *economia da confiança* é construída durante a metainterpretação, e não apenas *encontrada* durante esse processo.

Diante dessas visões conflitantes, propõe-se a seguinte solução:

(...) nós podemos tratar a atitudes de confiança subjacentes aos arranjos institucionais de um sistema como uma 'teoria da confiança'. Essa teoria propõe várias hipóteses que dizem respeito de modo geral à competência e caráter dos indivíduos e como arranjos particulares afetam a sua confiabilidade. Quando uma revisão do sistema jurídico injeta julgamentos de confiança conflitantes nessa 'teoria', o metaintérprete deve então empreender 'mínima revisão': deve sintetizar os julgamentos de confiança considerando fixos os mais recentes julgamentos, revisando os julgamentos anteriores o mínimo possível, de modo a fazê-los consistentes<sup>205</sup>.

Após essa etapa, em que se extraem, ou melhor, se *reconstroem* as atitudes de confiança do sistema jurídico, os metaintérpretes devem *extrair* os objetivos confiados aos diversos atores pelo sistema. E aqui não é necessário que o

<sup>203</sup> SHAPIRO. **Legality**. Op. cit. p. 365.

<sup>204</sup> SHAPIRO. **Legality**. Op. cit. p. 366.

<sup>205</sup> Tradução livre de: "(...) we can treat the trust attitudes underlying a system institutional arrangements as a 'theory of trust'. This theory sets forth various hypotheses concerning the general competence and character of individuals and how particular settings affect their trustworthiness. When a revision of a legal system injects conflicting trust judgments into this 'theory', the meta-interpreter should then engage in minimal revision: she should synthesize judgments of trust by holding the most recent judgments fixed and revising the earlier judgments as little as possible so as to render them consistent". SHAPIRO. **Legality**. Op. cit. p. 367-368.



metaintérprete demonstre que esses objetivos são moralmente relevantes a partir do *método do olhar divino*.

Basta que os *planejadores* do sistema jurídico tenham distribuído direitos e responsabilidades de modo que indivíduos possam atingir determinados fins, para que esses fins especificados sejam os únicos relevantes para determinar a metodologia interpretativa adequada<sup>206</sup>.

### 2.1.1.3. Avaliação

Na avaliação, por fim, o metaintérprete encontra-se diante de uma questão eminentemente ligada ao modo de agir: busca encontrar o procedimento adequado e que melhor implemente os objetivos sistêmicos atribuídos aos agentes, considerando que esses tenham a competência e caráter extraídos das nas duas fases anteriores<sup>207</sup>.

A teoria do direito como planejamento trata os sistemas jurídicos como sistemas de planejamento social que são construídos para atingir determinados fins, em especial a finalidade de retificar as deficiências morais das circunstâncias da juridicidade, que levariam a soluções complexas, controversas ou arbitrárias caso não utilizados instrumentos de planejamento (tese do propósito moral). Dessa forma, as metodologias interpretativas devem ser escalonadas de acordo com a sua capacidade para a consecução dessas finalidades<sup>208</sup>.

### 2.1.2. Resposta à Crítica de Dworkin: Possibilidade de Desacordos Teóricos

Expostos os traços gerais da teoria metainterpretativa decorrente do direito como planejamento, resta saber se consegue responder adequadamente à crítica

---

<sup>206</sup> SHAPIRO. **Legality**. Op. cit. p. 368-369.

<sup>207</sup> A pergunta que se faz, a rigor, é a seguinte: "Which procedure best furthers and realizes the systemic objectives that the actors were intended to further and realize, assuming that they have the extracted competence and character?" SHAPIRO. **Legality**. Op. cit. p. 359.

<sup>208</sup> SHAPIRO. **Legality**. Op. cit. p. 370.

dworkiniana de que teorias positivistas não teriam condições de dar conta dos desacordos teóricos (disputas meta interpretativas) que ocorrem em abundância.

Antes de apresentar sua resposta a esse desafio teórico, Shapiro expõe os pontos convergentes de sua teoria com a de Dworkin.

Como desacordos teóricos existem em profusão quanto ao direito, ambas as teorias constataam que se deve procurar a metodologia interpretativa adequada através de outro mecanismo que não um específico acordo social. Do mesmo modo, convergem, na visão de Shapiro, no que diz respeito à constatação de que determinar essa metodologia envolve atribuir propósitos e objetivos ao direito. Por fim, ambos entendem que a função primária de uma metodologia interpretativa adequada para um dado sistema jurídico decorre, antes de tudo, da metodologia que melhor implementar as finalidades que o sistema pretende atingir<sup>209</sup>.

As diferenças, porém, são significativas. Isso porque, ao contrário de uma leitura dworkiniana, o processo metainterpretativo de extração da teoria do direito como planejamento não envolve um irrestrito exercício de raciocínio moral e de filosofia política.

A teoria do planejamento procura apenas por *atos sociais*. O fato de que um conjunto de objetivos e valores representa as finalidades de um determinado sistema jurídico é um fato sobre certos grupos sociais, determinável, por sua vez, mediante raciocínio empírico.

Em síntese, isso ocorre porque a metodologia interpretativa adequada é estabelecida ao se determinar qual é aquela que melhor se harmoniza com o conjunto de objetivos postos pelos planejadores do sistema, o que se dá, invariavelmente, à luz de seus julgamentos de competência e caráter para os diversos agentes<sup>210</sup>.

Os desacordos interpretativos podem ser explicados tanto porque os participantes podem discordar sobre a classificação da prática em que se inserem como um sistema de "autoridade" ou "oportunistas"<sup>211</sup> e, mesmo que concordem

---

<sup>209</sup> SHAPIRO. *Legality*. Op. cit. p. 381.

<sup>210</sup> SHAPIRO. *Legality*. Op. cit. p. 382.

<sup>211</sup> Ao que tudo indica, portanto, a única razão de ser para a distinção entre sistemas "de autoridade" e "oportunistas" reside em quem são considerados os planejadores dentro do contexto de um sistema jurídico. Independente de quem sejam, a teoria de Shapiro fornece o quadro para que sejam extraídos os seus julgamentos de competência e caráter que, por sua vez, determinam a economia da confiança de um sistema jurídico concreto.

sobre a natureza geral de sua prática, podem divergir sobre os três passos da meta interpretação. O inegável caráter argumentativo do direito pode ser visto tanto nos desacordos razoáveis que podem surgir ao se inferir quais as demandas impostas por determinadas metodologias, os propósitos ideológicos do sistema, etc.

Nas palavras de Shapiro:

(...) essa visão da interpretação jurídica é positivista em seu sentido mais importante, qual seja, ela enraíza a metodologia interpretativa em fatos sociais. Que um sistema jurídico tenha uma determinada ideologia é um fato sobre o comportamento e atitudes de grupos sociais. Esse visão privilegia fatos sociais não a partir de um fanático desejo de salvar o positivismo a qualquer custo, mas, como mencionado antes, porque a alternativa é inconsistente com a lógica do planejamento<sup>212</sup>.

O compromisso com os fundamentos sociais do direito, assim, pode ser satisfeito na ausência de uma específica convenção sobre a metodologia interpretativa adequada, desde que, porém, exista consenso sobre os fatores que determinam a metodologia interpretativa.

Em um sistema de autoridade esses fatores incluem consenso da maioria das autoridades jurídicas (*officials*) sobre os textos normativos que são juridicamente dotados de autoridade, bem como consenso dos planejadores sobre os objetivos do sistema e sobre a confiança e caráter dos agentes<sup>213</sup>.

Adaptando a um sistema oportunista, é possível dizer que bastaria perquirir as atitudes das autoridades jurídicas enquanto planejadores e reconstrutores desse próprio sistema no momento de equilíbrio temporário após as disputas sobre a estrutura institucional e a própria atividade planejadora.

De todo modo, é dessa forma que a teoria de Shapiro busca não apenas explicar o porquê de os desacordos teóricos serem possíveis, mas também o porquê de eles serem tão prevalentes na realidade<sup>214</sup>.

---

<sup>212</sup> Tradução livre de: "(...) this account of legal interpretation is positivistic in the most important sense, namely, it roots interpretive methodology in social facts. That a legal system has a certain ideology is a fact about the behavior and attitudes of social groups. The account privileges social facts not out of fanatical desire to save positivism at all cost, but, as mentioned earlier, because the alternative is inconsistent with the logic of planning". SHAPIRO. **Legality**. Op. cit. p. 382.

<sup>213</sup> SHAPIRO. **Legality**. Op. cit. p. 383.

<sup>214</sup> "The fact that interpretive methodology is determined by these factors not only renders theoretical disagreements possible but explains why such disagreements are so prevalent. For it is highly likely that meta-interpreters will disagree with one another about the content of the planners' shared

Ademais, ainda que os acordos existentes sejam frágeis para determinar uma única metodologia interpretativa, podem ser suficientes para excluir determinadas metodologias, ou ainda, dar suporte a uma metodologia aplicável a um contexto específico.

Por fim, em considerações conclusivas sobre o ponto, Shapiro defende que o objetivo da teoria metainterpretativa decorrente da teoria do direito como planejamento é tornar inteligível a possibilidade dos desacordos teóricos sobre a interpretação, e não necessariamente prover uma solução para eles.<sup>215</sup>

Como se vê, deixa-se campo aberto para uma construção teórica subsequente que consiga explicar como, a partir da confiança e caráter reconhecidos pelo sistema jurídico a uma determinada categoria de agentes, devem eles operar em matéria interpretativa.

É nesse campo aberto para o qual se direcionarão as presentes investigações, instigando a uma reflexão mais aprofundada sobre os variados papéis que podem ser assumidos pelos juízes (e pelo Poder Judiciário que integram, compreendido institucionalmente), tendo em conta tanto o espaço a eles concretamente previsto em um sistema jurídico (e planejador) específico, quanto explicar sua importância teórica no próprio marco da teoria do direito como planejamento.

## 2.2. CRÍTICAS SOBRE A ABORDAGEM METAINTERPRETATIVA E PROPOSTA DE SOLUÇÃO: ELEMENTOS PARA A COMPREENSÃO DO PAPEL DO PRECEDENTE NA TEORIA DO DIREITO COMO PLANEJAMENTO

### 2.2.1. Considerações Críticas

Fixadas as implicações interpretativas da teoria do direito como planejamento, neste tópico serão vistas brevemente algumas importantes críticas

---

understandings and which methodologies are best supported by them". SHAPIRO. **Legality**. Op. cit. p. 383.

<sup>215</sup> SHAPIRO. **Legality**. Op. cit. p. 383-384.

que contra ela podem ser levantadas e com as quais necessariamente se deve dialogar.

Os problemas e soluções apresentados aos questionamentos mostrarão como a teoria do direito como planejamento ganha muito a partir de uma visão institucional do Poder Judiciário e com a adequada compreensão do instrumento do precedente.

Como se verá a seguir, o respeito aos precedentes não apenas é compatível com a construção teórica de Shapiro, mas possui uma inegável potencialidade explicativa tanto no plano da justificação quanto naquele operativo (como o judiciário se insere na atividade de planejamento, a partir da interpretação, e do uso de precedentes).

Abordando de forma específica os problemas de interpretação e metainterpretação na teoria delineada por Shapiro, Giorgio Pino, em "*What's the Plan?*": *On Interpretation and Meta-Interpretation in Scott Shapiro's Legality*"<sup>216</sup>, apresenta quatro pontos cruciais para discussão. Os dois primeiros referem-se àquilo que chama de elementos de consistência interna da teoria, enquanto os outros dois estão ligados a questões que denomina "externas".

Questiona-se, em primeiro lugar, a coerência da distinção entre raciocínio jurídico (*legal reasoning*) e processo de tomada de decisão judicial (*judicial decision making*) utilizada para defender que aquele, diferente deste, seria independente da moral.

Para Pino todo e qualquer ato de interpretação necessariamente envolve juízos de valor, o que levaria, em sua ótica, a distinção entre *criadores* do plano e *aplicadores* do plano à ruína<sup>217</sup>. Dessa forma, seria necessária uma adaptação da construção teórica proposta.

O segundo ponto de crítica, ainda na perspectiva interna, refere-se à extração da economia da confiança do plano mestre. Defende o professor italiano que individualizá-la nunca é uma questão meramente empírica, mas sim envolve uma investigação substantiva sobre os propósitos dos planejadores do sistema jurídico em análise. Isso significaria, portanto, perquirir quais as suas atitudes, intenções, ideologias, além das soluções conciliatórias entre si adotadas, bem como

---

<sup>216</sup> PINO. "What's the Plan?"..., Op. cit.

<sup>217</sup> PINO. "What's the Plan?"..., Op. cit., p. 194-197.

o modo como esses problemas foram inseridos no plano mestre do sistema, ou seja, na constituição<sup>218</sup>.

É possível perceber, portanto, que ambas as críticas têm como elemento central a ideia de interpretação propriamente dita, ou seja, de metodologias interpretativas, de métodos que indiquem como devem ser lidos textos jurídicos, e não tanto como extrair esse método da própria economia da confiança de um dado sistema jurídico (preocupação metainterpretativa).

Do ponto de vista externo, por sua vez, Pino compreende que o método dos planejadores delineado por Shapiro para extração da economia da confiança somente seria aplicável a sistemas de autoridade. Para além disso, a teoria do direito como planejamento não apresentaria uma resposta clara para o ponto, pois não se especifica um procedimento que permitisse a nítida e inequívoca identificação desse tipo específico de sistema. jurídico. Ao fim e ao cabo não se responderia satisfatoriamente à questão: "qual o grau de acordo entre as autoridades jurídicas efetivamente necessário para haver um sistema de autoridade?". Isso é essencial para Pino, pois tudo levaria a crer que "sistemas de autoridade" seriam dificilmente encontráveis na realidade contemporânea, marcada pela presença de sociedades pluralistas e com grande grau de desacordo, o que exigiria, portanto, uma teoria metainterpretativa diferente da proposta<sup>219</sup>.

Por fim, a última crítica levantada diz respeito ao fato de que a teoria do direito como planejamento possuiria uma inerente tensão entre dois elementos extremamente difíceis de reconciliar. De um lado, a ideia de que a lógica do planejamento exige que o conteúdo de um plano seja determinado sem que se faça uso do mesmo tipo de argumentos que o próprio plano solucionou (ou seja, sem que se faça referência aos dilemas morais que o plano buscou solucionar). De outro a ideia de que os planos são, por sua natureza, incompletos, podendo ser desenvolvidos de maneira incremental<sup>220</sup>.

Para Pino esse problema surge porque seria extremamente difícil precisar quem efetivamente são os planejadores do sistema jurídico. Ademais, seria possível encontrar, na teoria de Shapiro, uma suposta identificação entre a categoria dos

---

<sup>218</sup> PINO. "What's the Plan?"..., Op. cit., p. 197-200.

<sup>219</sup> PINO. "What's the Plan?"..., Op. cit., p. 200-201.

<sup>220</sup> PINO. "What's the Plan?"..., Op. cit., p. 202-204.

planejadores e aqueles que originalmente desenharam o plano mestre (os constituintes ou *framers*, se pensarmos no vocabulário da tradição estadunidense), ou então, quando muito, com os legisladores autorizados pelo plano mestre a desenvolver novos *rounds* de planejamento.

Para solucionar essa tensão, Pino propõe considerar os juízes não apenas como aplicadores dos planos do sistema, mas também como seus criadores, ou seja, colocando-os na categoria de planejadores.

Isso, porém, aumentaria a complexidade e a distância de uma investigação que fosse apenas "empírica e sobre fatos sociais" da fase da extração do procedimento metainterpretativo

Por ora, esclarece-se que a crítica feita à distinção entre raciocínio jurídico e processo de tomada de decisão judicial será analisada no próximo capítulo, tendo em conta o específico problema da interpretação (não mais apenas o âmbito metainterpretativo).

Quanto ao fato de a teoria meta interpretativa pressupor sistemas de autoridade e não sistemas "oportunistas", vale a consideração de que a construção da teoria metainterpretativa se concentrou nos chamados "sistemas de autoridade" apenas pela questão pragmática de facilitar sua exposição, e não, efetivamente, para restringir a teoria a esse tipo ideal de sistema jurídico.

Como diz Shapiro ao introduzir o tema, "pelo bem da simplicidade, nós nos concentraremos em sistemas de autoridade. Para ajustar para sistemas oportunistas será suficiente substituir 'autoridade jurídica' [*official*] por 'planejador' na discussão que segue"<sup>221</sup>.

Isso indica que o fato de um sistema se aproximar mais do modelo "de autoridade" - ou seja, no qual a razão para a aceitação das suas regras pelas autoridades jurídicas diz respeito à consideração, por parte dessas, de que os planejadores seriam dotados de uma superior autoridade moral - ou de um sistema "oportunistas" - em que a maioria das autoridades jurídicas aceita as regras por as julgarem moralmente desejáveis - não implica a rejeição da metodologia metainterpretativa construída.

Longe disso. Falar em um "método dos planejadores" e um "método dos participantes", por exemplo, não significa propriamente traçar uma distinção entre

---

<sup>221</sup> SHAPIRO. *Legality*. Op. cit. p. 358.

duas teorias metainterpretativas, mas representa, quando muito, uma precisão terminológica que visa a ressaltar quem desempenha o papel de planejador dentro de um determinado sistema. Na linguagem da teoria do direito como planejamento isso significa delimitar quem efetivamente é responsável pela adoção do plano.

Lembre-se que em um sistema "oportunista" as autoridades jurídicas dele participantes consideram que os planos fazem a gestão da confiança e desconfiança corretamente e, portanto, o adotam.

Assim, é possível dizer que a economia da confiança é resultado do conjunto de atitudes compartilhadas de confiança e desconfiança dos atuais participantes na atividade jurídica (autoridades), que, assumem o papel de planejadores desse mesmo sistema<sup>222</sup>.

Entendida dessa forma a distinção entre sistemas de autoridade e oportunistas, ou seja, como algo que se refere a quem são os planejadores, torna-se possível entender que o "método dos participantes" nada mais é do que "método dos planejadores". Ou seja, ambos se referem a uma mesma tomada de posição metainterpretativa que rejeita, em princípio, o método do olhar divino.

Requer-se, assim, que a seleção da metodologia interpretativa adequada a ser utilizada por um determinado agente seja diretamente conectada com as atitudes de confiança e desconfiança daqueles que construíram os vários aspectos do sistema jurídico em análise.

Acerta Pino, portanto, ao concluir que isso implica um aumento de complexidade. Essa, porém, não é ignorada por Shapiro, visto que o autor parte da constatação de que os sistemas jurídicos são geralmente construídos e reconstruídos ao longo tempo.

Por outro lado, a alegação do professor italiano de que a teoria do direito como planejamento reservaria a "etiqueta honorífica" de planejadores apenas a duas autoridades jurídicas de alto nível hierárquico, ou seja, os constituintes (*framers*) e, talvez, os legisladores<sup>223</sup>, apesar de ter fundamento em alguns trechos específicos

---

<sup>222</sup> Recorde-se a solução apresentada por Carlos Bernal Pulido ao problema da normatividade do direito e da atividade jurídica (exercício de autoridade jurídica) no item 1.1.3 do primeiro capítulo. A aceitação das autorizações para o planejamento pode dar-se tanto de forma expressa quanto de forma tácita, de modo que é possível identificar uma atitude de aceitação do plano mestre do sistema jurídico, o "compromisso com o plano compartilhado", sem, todavia, ser que seja necessária a presença de todos os elementos que caracterizam a ideia de intenção plural para Bratman.

<sup>223</sup> PINO. "What's the Plan?"..., Op. cit. p. 203.



da exposição de Shapiro<sup>224</sup>, não faz justiça aos elementos centrais da teoria. Em especial, contrasta com a ideia de que a escolha da metodologia interpretativa adequada será dependente da específica economia da confiança de cada sistema concreto.

Isso porque os planejadores são, recorde-se, todos aqueles responsáveis pela criação, modificação ou extinção das instituições do sistema jurídico. Ou, de forma ainda mais ampla, aqueles que de qualquer modo foram pela modificação dos relacionamentos entre essas mesmas instituições. Esse é um ponto inevitavelmente variável de acordo com cada sistema jurídico considerado em sua concretude.

Assim, não se nega que os juízes possam assumir tanto o papel de aplicadores quanto de planejadores do sistema. Ao exemplificar a partir do sistema jurídico estadunidense, esclarece Shapiro que a categoria dos planejadores inclui não apenas o legislador, mas também as cortes, as agências administrativas, os membros do executivo, as convenções constitucionais e o próprio eleitorado.

Bem por isso, ao explicar os variados papéis existentes na metainterpretação, Shapiro diz expressamente: "(...) um juiz federal que tenta determinar que método utilizará para interpretar a Constituição é um metaintérprete que ao mesmo tempo é um planejador(...)"<sup>225</sup>.

Ou seja, reconhece-se a possibilidade de que juízes, ou melhor, o Poder Judiciário, seja ao criar, modificar ou extinguir as instituições do sistema jurídico, seja ao modificar o relacionamento entre essas variadas instituições, assumir um papel inequivocamente planejador.

O problema para Pino é que a constante construção e reconstrução nos sistemas jurídicos contemporâneos decorre de relações de poder entre diversos

---

<sup>224</sup> Como, por exemplo: "The law manages trust through social planning. Legislators are supposed to identify those who are trustworthy and assign them tasks that take advantage of their trustworthiness; conversely, they are to identify those who are less reliable, plan out their behavior in greater detail, and deny them the ability to abuse or exploit their power. Judges, in turn, are supposed to resolve disputes over these rights and responsibilities fairly and efficiently". SHAPIRO. **Legality**. Op. cit. p. 338. Essa passagem, porém, não significa que em um sistema jurídico concreto, em razão do plano mestre desse sistema o próprio judiciário não deva assumir, por exemplo ao lado do legislativo, um papel de (também) planejador e não de mero aplicador.

<sup>225</sup> Tradução livre de: "(...) a federal judge who attempts to ascertain what method she should use to interpret the United States Constitution is a meta-interpreter who also happens to be a planner (...)" SHAPIRO. **Legality**. Op. cit. p. 356.

agentes, que, por sua vez, ocorre de forma inevitável e implacável, tendo como campo de batalha disputas que são rotuladas como interpretativas<sup>226</sup>.

Como vários agentes moldam e remoldam o sistema, inclusive os seus próprios poderes decisórios<sup>227</sup>, esses necessariamente teriam que fazer constante referência ao método do olhar divino e, conseqüentemente, violariam a lógica do planejamento.

Não parece, porém, que a reconstrução (e disputa) dos poderes decisórios pelos planejadores - o que envolve o processo de construção e reconstrução institucional - possa ser colocada na mesma categoria da extração da metodologia interpretativa mais adequada para um determinado e específico agente.

Isso porque, passado o momento de disputa institucional, será possível ver, entre as autoridades jurídicas então atuantes no sistema (e aqueles que assumem a função de planejadores), a específica adoção do plano modificado.

E se deve frisar: essa adoção ocorrerá a partir da ideia de compromisso com o plano compartilhado.

Será com base nesse último plano "modificado" e adotado, por assim dizer, que se extrairá a economia da confiança do sistema e as teorias interpretativas adequadas aos variados agentes. Ou seja, não se fará constantemente uso do método do olhar divino o que, porém, pode ser o estopim para os embates que levaram ao rearranjo institucional.

De todo modo, o *insight* trazido por Pino é extremamente importante. Uma das formas de reconciliar o caráter incremental dos planos, e, portanto, do direito, ligado à sua inevitável indeterminação, com a ideia de eliminar os custos deliberativos em ambientes de incerteza e controvérsia moral, é considerar os juízes como planejadores.

Entende Pino que a principal consequência dessa postura é de que os planos produzidos pelo judiciário, ou seja, as interpretações desenvolvidas pelas cortes (*doctrines*) moldam o planejamento jurídico como um todo. Ou seja, um plano também é aquilo que as cortes dizem que ele é enquanto instâncias planejadoras, e

---

<sup>226</sup> PINO. "What's the Plan?"..., Op. cit. p. 203-204.

<sup>227</sup> São utilizados como exemplo a expansão dos poderes das cortes constitucionais europeias no segundo pós-guerra e o reconhecimento do poder de *judicial review* delineado pela própria Suprema Corte dos Estados no caso *Marbury v. Madison*.

não apenas aplicadoras do plano. E isso é algo que não pode ser negligenciado na fase de extração da teoria metainterpretativa<sup>228</sup>.

Para além do problema levantado por Pino (o aumento de complexidade da fase de extração da economia da confiança), outro ponto particularmente torna-se extremamente relevante: é possível entender os juízes como planejadores que implementam o papel eminentemente incremental que possuem os planos se eles forem vistos de forma isolada? Ou seja, em que constituem as interpretações desenvolvidas pelas cortes (*doctrines*) de que fala Pino?

A questão ainda pode ser levantada de outro modo a partir da linguagem da teoria do direito como planejamento. É possível (ou até mesmo viável) e compatível com a lógica do planejamento que os planos jurídicos, resultado da atividade jurídica<sup>229</sup>, sejam desenvolvidos incrementalmente a partir de "subplanos isolados" feitos pelos juízes sem que possuam a marca da generalidade?

Claramente a resposta aos questionamentos é negativa. Isso em razão de a mera possibilidade de se falar em um "subplanos isolados" por si só ser contraditória com a ideia de planejamento e de planos.

É possível, todavia, apresentar uma resposta adequada. Essa, porém, passa necessariamente pela visão institucional do Poder Judiciário e, sua efetividade pressupõe a compreensão do instrumento do precedente. A partir dele se pode reconciliar, de um lado, a redução de custos deliberativos trazidos pela adoção de planos e, de outro, a abertura para o desenvolvimento incremental do direito.

É preciso, assim, tecer algumas considerações, ainda que breves, sobre o precedente judicial.

Em especial, é preciso desconstruir a difundida ideia de que se trata de um instrumento que apenas seria dotado de adequação e de utilidade aos sistemas de jurídicos pertencentes à tradição da *common law* e perceber, na realidade, que um instrumento imprescindível para a operação de um sistema jurídico planejador.

---

<sup>228</sup> PINO. "What's the Plan?"..., Op. cit. p. 203.

<sup>229</sup> Lembre-se, atividade jurídica entendida como uma massiva atividade compartilhada que busca coordenar o comportamento em ambientes complexos, controversos e que necessariamente impõe o recurso a soluções arbitrárias.

### 2.2.2. Precedente como Instrumento das Tradições Jurídicas da *Common Law* e da *Civil Law*: Juízes Planejadores e o Instrumento do Precedente

Delineiam-se, neste tópico, alguns aspectos importantes das duas principais tradições jurídicas ocidentais, a *civil law* e a *common law*, bem como de sua aproximação. Ao contrário do que se poderia imaginar, os elementos aqui evidenciados fazem-se presentes na atualidade em grande parte dos sistemas jurídicos concretos, não havendo uma separação tão rígida como poderia indicar o senso comum.

Ressalte-se, desde logo, que foge aos objetivos da presente investigação uma pormenorizada reconstrução histórica de ambas as tradições, o que merece, por si só, reflexões à parte<sup>230</sup>.

De qualquer sorte, utiliza-se aqui a expressão "tradição jurídica" a partir da chave de compreensão dada pelo sentido macrocomparativo proposto por Merryman e Pérez-Perdomo.

Isso porque, como explicam os autores, tradições jurídicas não se confundem com sistemas jurídicos particulares, nem com um amontoado de regras de direito sobre uma dada matéria, mas sim representam um conjunto de atitudes profundamente enraizadas e condicionadas culturalmente sobre o direito. Ou seja, sobre o papel que este desempenha na sociedade, bem como sobre o modo como deve se dar uma adequada operacionalização de um sistema jurídico<sup>231</sup>.

A ideia de tradição jurídica, portanto, está ligada às respostas para as intrigantes perguntas sobre o modo como o direito deve ser criado, aplicado,

---

<sup>230</sup> Entre outros, pode-se ver nas seguintes monografias uma investigação histórica densa das tradições jurídicas da *civil law* e da *common law*: CAVANNA, Adriano. **Storia del Diritto Moderno in Europa**: Le Fonti e il Pensiero Giuridico. Milano: Giuffrè, 1982, HESPANHA, António Manuel. **A Cultura Jurídica Europeia**: Síntese de um Milénio (1996). Coimbra: Almedina, 2012, HOGUE, Arthur. **Origins of the Common Law**. (1966) Indianapolis: Liberty Fund, 1986, MERRYMAN, John H.; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **The Civil Law Tradition**: An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America. (1969) 3ª Ed. Stanford: Stanford University Press, 2007, PLUCKNETT, Theodore. **A Concise History of the Common Law**. (1929) 5ª Ed. Indianapolis: Liberty Fund, 2010, TARELLO, Giovanni. **Storia della Cultura Giuridica Moderna**: Assolutismo e Codificazione del Diritto. (1976) Bologna: Il Mulino, 1994.

<sup>231</sup> "A legal tradition, as the term implies, is not a set of rules of law about contracts, corporations, and crimes, although such rules will almost always be in some sense a reflection of that tradition. Rather it is a set of deeply rooted, historically conditioned attitudes about the nature of law, about the role of law in the society and the polity, about the proper organization and operation of a legal system to the culture of which it is a partial expression. It puts the legal system into cultural perspective". MERRYMAN e PÉREZ-PERDOMO. **The Civil Law Tradition**..., Op. cit., p. 2.

estudado, incrementado e ensinado, em uma perspectiva cultural, do qual o direito é expressão.

Vê-se, assim, uma abordagem em sintonia com a teoria do direito como planejamento, que permite colocar ainda mais em evidência os aspectos explicativos globais da teoria a partir das características que geralmente se reconhece ou atribui a ambas as tradições.

Isso para se evitar o que se poderia pensar em uma primeira - e apressada - leitura, a partir da qual ao identificar a atividade jurídica (ou seja, o exercício da autoridade jurídica) com a atividade de planejar, bem como para defender que as normas jurídicas são planos ou normas a eles assemelhadas<sup>232</sup>, seria necessário reconhecer que os planos jurídicos fossem sempre realizados de cima para baixo, sem grandes espaços para construções e aperfeiçoamentos diacrônicos.

Todavia, como já visto ao longo das presentes reflexões, o planejamento não possui apenas uma face e pode ocorrer de diversos modos. Não raras vezes para vivificar os ideais e valores presentes nos modelos predominantes de organização estatal contemporâneos combinam-se institucionalmente instâncias de planejamento de cima para baixo (*top-down*) e, ao mesmo tempo, de baixo para cima (*bottom-up*).

É possível dizer que, em uma primeira aproximação, no raciocínio jurídico empregado na *common law* seria visível uma representação de um verdadeiro "tipo ideal" da modalidade de planejamento "de baixo para cima", em que o instrumento do precedente inegavelmente desempenha um papel relevante. Afinal, é a partir dele que as normas jurídicas (planos), que decorrem do acúmulo de experiência dos variados julgamentos anteriores, tornar-se-iam operáveis.

De outro lado, nos sistemas de direito codificado, inseridos na tradição do *civil law*, seria possível ver um tipo ideal do planejamento de cima para baixo, a partir da ideia de grandes marcos legislativos que regulam de forma minuciosa e pormenorizada as condutas humanas, guiando-as ou servindo como instrumentos para a sua avaliação (planos).

Ocorre que como bem perceberam os professores e comparatistas da Universidade de Hamburgo, Konrad Zweigert e Hein Kötz, por mais que se possam

---

<sup>232</sup> Recorde-se que o que faz com que as normas jurídicas sejam propriamente jurídicas é o fato de que elas são partes de um plano mestre de uma organização planejadora auto certificadora que possui um propósito moral (remediar os dilemas que surgem nas circunstâncias da juridicidade), são subplanos criados de acordo com o plano mestre, cuja aplicação por ele é requerida, ou, ainda, são normas assemelhadas a planos cuja aplicação é demandada pelo plano mestre.

constatar diferenças culturais e de mentalidade entre os países inseridos nas tradições da *civil law* e da *common law*, seria um verdadeiro equívoco delinear uma contraposição intransponível entre os sistemas jurídicos que compõem essas tradições a partir da atribuição estanque de um método dedutivo e baseado numa sistemática conceitual para *civil law*, e indutivo, ou seja, partindo das especificidades dos problemas trazidos pelos casos concretos, para a *common law*<sup>233</sup>.

Para eles, o fato de cada vez mais o *civil law* perceber que a evolução do direito se dá também pelas mãos dos juízes e da busca de soluções para problemas concretos, bem como, de outro lado, a busca, no seio do *common law*, da necessidade de se apresentar a prática do direito jurisprudencial de forma sistemática e coerente, faz com que ambos se aproximem gradualmente em seus métodos e técnicas<sup>234</sup>.

De qualquer sorte, a natureza "de cima para baixo" do planejamento de *common law* seria motivada por duas diferentes considerações institucionais. De um lado a ideia de que as cortes não necessariamente são o melhor local para se proceder a um planejamento social de larga escala, o que se pode classificar como uma consideração pertinente à sua legitimidade política. De outro, um ceticismo sobre o valor de um raciocínio moral abstrato, necessitando que antes do estabelecimento de regras gerais tenha havido uma suficiente experiência judicial a

---

<sup>233</sup> "Bisogna però fare attenzione, poiché anche se è chiaro che la mentalità giuridica nei paesi di Common Law e sul continente se differenziano l'una dall'altra, sarebbe ad ogni modo sbagliato dedurre una contrapposizione insormontabile tra metodo d'impostazione dei problemi induttivo da una parte, ed um metodo basato sulla sistematica concettuale dall'altra. Una tale antitesi può certamente definire tendenze e preferenze che possono prevalere in Common Law ed in Civil Law; se concepita però in modo assoluto, non può riflettere la realtà del modo in cui si determina oggi la regola di diritto applicabile nelle due grande famiglie di diritto". ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. **Introduzione al Diritto Comparato: Volume I Principi Fondamentali**. (1984) Milano: Giuffrè, 1998. p. 311.

<sup>234</sup> "Nella giurisprudenza continentale si afferma sempre più l'evoluzione del diritto ad opera dei giudici e - conseguentemente - lo stile induttivo che si indirizza ai problemi concreti. Viceversa in Common Law si fa sentire il bisogno di portare il diritto giurisprudenziale ad un ordine sistematico, al fine di renderlo più facilmente conoscibile e comprensibile. Vi sono motive per supporre che da punti di partenza contrapposti il Common Law ed il Civil Law possano avvicinarsi gradualmente nei loro metodi e nelle loro tecniche". ZWEIGERT; KÖTZ. **Introduzione...** Op. cit., p. 326-327. A ideia de que haveria métodos de raciocínio distintos nas duas tradições jurídicas, e não apenas de justificação e redação das decisões judiciais, ou seja, de uma autonomia metodológica do *common law* e o direito continental europeu é profundamente criticada por BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do Precedente Judicial: a Justificação e a Aplicação de Regras Jurisprudenciais**. São Paulo: Noeses, 2012. p. 10-123. Isso permite ao autor empreender a tentativa de construção de uma teoria normativa do precedente judicial que seja, a um só tempo, universalmente empregável, e cumpra com o objetivo de averiguar a racionalidade daquilo que denomina discurso de justificação e aplicação dos precedentes.

partir das várias decisões mais próximas da concretude dos casos levados à análise das cortes<sup>235</sup>.

Como explica Douglas E. Edlin, isso se daria pois os juízes inseridos na *common law* buscam fazer "justiça ao caso individual" ao mesmo tempo em que apresentam o julgamento como instanciamento de uma regra ou proposição geral que pode ser aplicada, mediante a doutrina do precedente, a uma miríade de diferentes casos similares. Os julgamentos seriam, assim, a declaração de uma avaliação normativa inserida dentro de um sistema existente e em evolução, ao mesmo tempo em que seriam reivindicados como verdadeiras contribuições para um contínuo debate público e para a articulação de padrões públicos de governança<sup>236</sup>.

Seguindo esse raciocínio, pode-se dizer que a descrição arquetípica e tradicional do *common law* seria a de um sistema jurídico fragmentado, sem grandes códigos e marcos legislativos. É claro que se trata de visão que não possui instanciamento real nos principais sistemas jurídicos contemporâneos. De todo modo, em especial ao se pensar no *common law* inglês, origem dos demais sistemas jurídicos inseridos nessa tradição, fala-se verdadeiramente em um sistema cuja principal fonte "é o costume reconhecido pelos órgãos com autoridade para dizer e interpretar o direito", remetendo à ideia de precedente, ou seja, a de que o direito "há de ser normalmente encontrado em uma regra estabelecida pelo juiz em um caso particular anterior, e não em uma máxima abstrata da qual possam ser deduzidas regras mais específicas para cada nova situação"<sup>237</sup>.

Ou seja, a ideia difundida sobre o *common law* é de que em um sistema "puro" nessa tradição jurídica espera-se que os juízes resolvam os casos particulares e, ao fazê-lo, não necessitem obrigatoriamente fazer referência à lei ou qualquer outra espécie de regra escrita.

Seria mediante a operação de um sistema de precedentes e da publicização das decisões que as demais cortes conseguiriam compreender, no futuro, o que foi anteriormente decidido, permitindo o desenvolvimento de ramos do direito sem que haja a presença de um código, uma lei ou qualquer outra espécie de regulação

<sup>235</sup> SHAPIRO. **Legality**. Op. cit., p. 198-199.

<sup>236</sup> EDLIN, Douglas E. Introduction. In: EDLIN, Douglas E (Org.). **Common Law Theory**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007. p.1-26. p. 1.

<sup>237</sup> BUSTAMANTE. **Teoria do Precedente...**, Op. cit., p. 4.

posta pelo parlamento. Essa visão, como bem anota Frederick Schauer, não é nada mais do que um caricatura<sup>238</sup>.

É preciso, porém, problematizar essa visão. Isso porque pode colaborar com a errônea ideia de que o precedente apenas teria importância quando compreendido em um aspecto eminentemente nomotético e criativo, ou seja, enquanto fonte principal do direito<sup>239</sup>, negligenciando, porém, o papel que pode desempenhar na interpretação jurídica compreendida de modo mais geral<sup>240</sup>.

Basta lembrar que não há pouco tempo, em um dos principais países que se insere na tradição da *common law*, os Estados Unidos, percebeu-se uma mudança fundamental que não foi negligenciada pela doutrina: a legislação é cada vez mais vista como fonte primária, não se podendo caracterizar aquele sistema pelo déficit legislativo<sup>241</sup>.

Não é por outra razão que Guido Calabresi denomina o primeiro capítulo de seu clássico *A Common Law for the Age of Statutes*, fruto das suas *Oliver Wendell Holmes Lectures* proferidas na Universidade de Harvard em 1977, de forma bastante significativa e simbólica como "*choking on statutes*"<sup>242</sup>.

A preocupação principal do professor de Yale diz respeito a um tema que perpassa toda a presente reflexão, qual seja: a dinâmica constante entre mudança e continuidade que, segundo ele, anima todos os sistemas jurídicos. Assim, suas

---

<sup>238</sup> "In the pure common-law system, one that exists far more as caricature than as an accurate depiction of any actual legal system, judges are expected to adjudicate particular disputes, and to do so without reference to statutes or any other kind of written rule. (...) By virtue of the operation of a system of precedent and law reporting, future courts then learn about what earlier courts have done, and over time areas of law develop without there ever having been a code, statute, or regulation. The law is made by judges". SCHAUER, Frederick. **Thinking Like a Lawyer: A New Introduction to Legal Reasoning**. Cambridge: Harvard University Press, 2009. p. 104.

<sup>239</sup> Para uma discussão mais aprofundada sobre as teorias declaratória e constitutiva da jurisdição no *common law*, bem como sobre a não necessária identificação entre o *common law* e a doutrina dos precedentes vinculantes (*stare decisis*), remete-se o leitor à MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. (2010). 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 22-46. Sobre as origens medievais do *common law*, ver, por todos, HOGUE, Arthur. **Origins of the Common Law**, *Op. cit.*

<sup>240</sup> O quanto de criatividade pode haver na interpretação e, em especial, na interpretação jurídica, será objeto de discussão mais adiante.

<sup>241</sup> Não se deve esquecer, porém, do alerta feito por Marinoni, em uma perspectiva macro comparativa dada no contato crítico entre as tradições: "O *common law* também tem intensa produção legislativa e vários Códigos. O que realmente varia do *civil law* para o *common law* é o significado que se atribui aos códigos e à função que o juiz exerce ao considerá-los". MARINONI. **Precedentes...**, *Op. cit.*, p. 84.

<sup>242</sup> A expressão pode ser traduzida como "sufocando-se pela legislação".



reflexões voltam-se a um novo tipo de legislação que teria emergido nos Estados Unidos conjuntamente com a consolidação do estado social, que, como diz, é mais específica, detalhada e bem construída<sup>243</sup> do que aquela com que estaria acostumada a se lidar no seio da tradição da *common law*.

O questionamento central passa a ser, para o autor, quanto efetivamente se ganha ao definir o papel do Poder Judiciário em *atualizar* a legislação sob a rubrica da interpretação<sup>244</sup>, devendo saber se o mesmo raciocínio que justifica a atuação do *common law* (a construção das *judicial doctrines*) em áreas do direito não reguladas pela lei, deve ou não se aplicar aos novos e abrangentes marcos legislativos<sup>245</sup>. Esses, frise-se, possuem vários elementos que os aproximam da compreensão de lei com que ordinariamente lidam os teóricos e juristas práticos na *civil law*.

Como explica Calabresi, o fato de se tratar de uma área regulada ou não por leis não é uma distinção significativa<sup>246</sup>, constituindo a função das cortes, na realidade, a tarefa crítica de decidir quando um viés conservador ou revisor é adequadamente aplicável a uma regra jurídica, independente de sua origem legislativa ou judicial (ou seja, em uma *judicial doctrine* pura de *common law*).

Cabem às cortes, em sua visão, decidir quando uma regra ficou suficientemente deslocada da moldura jurídica global, distribuindo o ônus da inércia para a sua reafirmação, por exemplo, por outras instâncias de exercício do poder estatal, como o próprio Poder Legislativo<sup>247</sup>.

A partir da reflexão de Calabresi não se ignora nem se pretende reduzir toda a complexidade existente quanto aos debates sobre o diálogo entre os diversos poderes estatais. Ou seja, não se pretende deixar de lado o problema do debate intrageracional, ou mesmo limitar as questões e sua problematização a apenas um autor.

Na realidade o que se busca é a utilização de um breve relato de uma relevante reflexão teórica que permite ver que apesar de a imagem de um *common*

---

<sup>243</sup> CALABRESI, Guido. **A Common Law for The Age of Statutes**. (1982). New Jersey: The Lawbook Exchange Ltd., 1999. p. 1-7.

<sup>244</sup> CALABRESI. **A Common Law...**, *Op. cit.*, p. 43.

<sup>245</sup> CALABRESI. **A Common Law...**, *Op. cit.*, p. 101.

<sup>246</sup> CALABRESI. **A Common Law...**, *Op. cit.*, p. 163.

<sup>247</sup> CALABRESI. **A Common Law...**, *Op. cit.*, p. 164.

*law* construído inteiramente pelos juízes exista mais como ideologia do que como realidade concreta, tem-se que "mesmo na interpretação de leis detalhadas, as atitudes de *common law* tipicamente persistem e as interpretações judiciais da lei tornam-se tão importantes quanto a própria lei"<sup>248</sup>. O problema da interpretação mostra aqui uma chave, um ponto de contato crucial entre as tradições.

É possível retomar um ponto importante da ideia de desenvolvimento diacrônico do direito capturada pela teoria do direito como planejamento. Ao dizer que o planejamento jurídico é um processo incremental, ressalta Shapiro, ao mesmo tempo, que isso não quer dizer que grandes marcos de regulação jurídica, como códigos, nunca sejam aprovados de uma só vez.

Na verdade, o que busca evidenciar é que a promulgação de leis bastante detalhadas e com pretensão de completude regulatória, para além de possuir perigos morais (*moral perils*) decorrentes do planejamento prematuro (ou seja, nem todas as contingências conseguem ser refletidas de antemão), também inclui riscos políticos para os legisladores, que devem necessariamente fazer escolhas difíceis.

Bem por isso, mesmo o planejamento pelo legislativo pode definir políticas mais amplas que permitam ao legisladores reivindicar a solução de problemas sociais, sem, contudo, necessariamente ter os custos políticos dela decorrentes (como a imposição de determinadas restrições aos interesses de grupos conflitantes).

Assim, seria possível ver que "a delegação do planejamento aos corpos judiciais ou administrativos não apenas é eficiente para um grande espectro de casos, mas também oportuno"<sup>249</sup>.

Esse tipo de constatação, porém, contrapõe-se à imagem padrão que se tem do *civil law*, como uma tradição em que o direito é fruto do trabalho exclusivo do legislador - e não de juízes -, no qual se compreende que a legislação, e, em especial, a figura do código, é uma abrangente e coerente regulamentação de praticamente toda e qualquer atividade humana.

---

<sup>248</sup> Tradução livre de: "Even in interpreting detailed statutes, the common-law mindset typically persists, and judicial interpretations of statutes become as important as the statutes themselves". SCHAUER. **Thinking Like...**, *Op. cit.*, p. 106.

<sup>249</sup> Tradução livre de: "The delegation of planning to judicial or administrative bodies is not only efficient in a large range of cases, but expedient as well". SHAPIRO. **Legality**. *Op. cit.*, p. 199-200.

Apesar de ser possível traçar alguns dos alicerces da tradição jurídica da *civil law* no Direito Romano e não se ignorar o processo histórico multifacetado e espalhado em um largo período temporal e espacial, não é possível ignorar o grande impacto trazido pela ideologia da codificação, espalhada, principalmente, pelos ventos da Revolução Francesa, nos séculos XVIII e XIX, em especial entre os anos de 1750 e 1850.

É essa ideologia que também alimenta o verdadeiro folclore de que ao juiz de *civil law* seria atribuído um papel menor e inglório como um mero aplicador cego do direito, uma máquina construída e projetada pelos juristas e legisladores<sup>250</sup>.

Afinal de contas, foi nesse período que se gestou uma nova ordem política e jurídica (liberalismo), em que são estabelecidos os princípios da liberdade, igualdade perante a lei e do individualismo proprietário em um sentido formal, assegurando o trânsito de um sujeito que operaria economicamente, com a formação do léxico moderno fortemente tributário do ideal democrático.

O princípio democrático, forjado nesse momento de potencialização do moderno, passa a fixar que a verdadeira legitimidade política é aquela que provém da vontade popular. "A lei é, por isso, a fórmula que racionaliza interesses privados divergentes, que consubstancia o interesse público, que exprime normas socialmente consensuais"<sup>251</sup>.

Mas não apenas bastava o estabelecimento desses princípios fundantes. Também era imprescindível sua cristalização, que encontrou eco, como explica António Manuel Hespanha, na figura do código ou da estabilização doutrinal<sup>252</sup>. Ou seja, "em complexos normativos orgânicos que escapam à arbitrária volúpia legislativa dos governos e que, com isso, garantam a firmeza e a continuidade das transformações político-sociais"<sup>253</sup>.

---

<sup>250</sup> MERRYMAN e PÉREZ-PERDOMO. **The Civil Law Tradition...** Op. cit., p. 47.

<sup>251</sup> HESPANHA. **A Cultura Jurídica...**, Op. cit., p. 374.

<sup>252</sup> Se é possível sentir na ideia de código os ares em que respirou a Escola de Exegese, na ideia de estabilização doutrinal não se pode ignorar a Escola Histórica Alemã e um de seus mais notáveis desdobramentos, a Pandectística ou Jurisprudência dos Conceitos. Para compreensão mais aprofundada dessa escola do pensamento, remete-se o leitor para a quinta parte da monumental obra de Franz Wiacker, **História do Direito Privado Moderno**. (1967) 2ª Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1980. p. 397-590.

<sup>253</sup> HESPANHA. **A Cultura Jurídica...**, Op. cit., p. 372.

Nesse contexto, o código emerge com dois traços nítidos: de um lado a ideia de controle dos cidadãos<sup>254</sup> sobre o direito, permitindo sua cognoscibilidade a partir de um conjunto coerente (sistemático) que superasse o particularismo da ordem jurídica precedente. De outro a ideia de perenidade, portanto, de segurança, de simplificação da pluralidade de ordens que caracterizava o desenvolvimento da cultura jurídica até então<sup>255</sup>.

Foi em especial na França, que se deu "(...) aos códigos o ar de monumentos legislativos de há muito desejados, cientificamente fundados, democraticamente legitimados e politicamente convenientes"<sup>256</sup>, a partir de uma revolução que visou cortar suas relações com o passado e instituir uma nova ordem jurídica e política.

Assumiu a lei, assim, a característica de instrumento indissociável à concretização dos ideais da igualdade e da liberdade.

Diante desses elementos, e após refletir sobre o impacto da separação de poderes proposta por Montesquieu e da ideia de que o poder de julgar seria um poder nulo, esclarece Marinoni que "(...) entendeu-se que a certeza jurídica seria igualmente indispensável diante das decisões judiciais, uma vez que, caso os juízes pudessem produzir decisões destoantes da lei, os propósitos revolucionários estariam perdidos ou seriam inalcançáveis", de modo que a "certeza do direito estaria na impossibilidade de o juiz interpretar a lei, ou, melhor dizendo, na própria lei"<sup>257</sup>.

---

<sup>254</sup> O sobrevoo panorâmico feito neste tópico serve para evidenciar a razão de ser de algumas ideias que acompanham a tradição da *civil law*. Assim, não se ignora que entre a passagem do individualismo proprietário para uma cidadania ativa e para a noção de direitos fundamentais e de dignidade humana que animam os debates contemporâneos há um sem número de problemas e questões que devem ser enfrentados, os quais, porém, desvirtuariam os propósitos da presente reflexão.

<sup>255</sup> Como explica Tarello, a relação entre "simplificação do direito" e codificação burguesa passava por três elementos: "La semplificazione dei sistemi giuridici richiede che se verificassero tre condizioni, e precisamente: a) che si introducessero criteri economici nella formulazione delle regole di diritto; b) che il diritto riformulato con criterio economico (sotto il profilo formale) non fosse assolutamente un'aggiunta al diritto precedentemente vigente, ma fosse avrogativo di quest'ultimo, ed escludesse eterointegrazioni atte a riprodurre conflitti tra sistemi di norme; c) che il contenuto del diritto riformulato e non eterointegrabile consentisse il massimo di semplificazione" TARELLO. **Storia della Cultura Giuridica...**, *Op. cit.*, p. 35

<sup>256</sup> HESPANHA. **A Cultura Jurídica...**, *Op. cit.*, p. 402.

<sup>257</sup> MARINONI. **Precedentes...**, *Op. cit.*, p. 60-61.

Essa política legalista do direito pode ser sintetizada na verdadeira redução do direito à lei pelo paleopositivismo característico da Escola da Exegese<sup>258</sup>. Seus elementos podem ser sintetizados com a ideia de prevalência do direito positivo, uma concepção rigidamente estatal do direito, a busca da vontade do legislador, o culto do texto da lei e à autoridade do código e, paradoxalmente, de seus primeiros intérpretes<sup>259</sup>.

Como se pode perceber, porém, não tardou para se constatar que esse ideal de certeza é inatingível diante das complexidades que emergem das questões concretas. A necessidade de interpretação para a aplicação do direito, visto como um processo complexo e não mecânico, não é reduzida sequer por uma legislação que se pretenda coerente e completa.

Como explicam Merryman e Pérez-Perdomo, "eles [os juízes da *civil law*] devem preencher as lacunas e solucionar os conflitos existentes no plano legislativo. Eles devem adaptar o direito às condições cambiantes. O código não é autoevidente em sua aplicação, particularmente para um juiz reflexivo"<sup>260</sup>.

Ou seja, não obstante as esperanças dos legisladores revolucionários, todos os sistemas de direito codificado há muito reconhecem a necessidade de interpretação e sua importância para solucionar as obscuridades, ambiguidades ou até mesmo a indeterminação decorrentes das disposições dos códigos<sup>261</sup>.

<sup>258</sup> A expressão de Luigi Ferrajoli é amplamente utilizada por ZANETTI Jr., Hermes. **O Valor Vinculante dos Precedentes**. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 76-84. É preciso ter em conta que muito da caricatura que se faz atualmente das teorias do direito positivistas, em especial a ideia de *aplicação mecânica da lei*, está diretamente ligada com a ideologia decorrente da Escola da Exegese, que, porém, está muito longe das teorizações dos principais autores positivistas do século XX com os quais dialogou Shapiro para a construção da teoria do direito como planejamento. Como explica Dimitri Dimoulis, "excluía-se da tarefa interpretativa qualquer consideração subjetiva ou construção conceitual feita pela doutrina. Conforme uma célebre afirmação da época, deveria ser ensinado o Código Civil e não o direito civil. Mas o estudo das obras dos integrantes da escola - e não somente de seus prefácios - demonstra que essa tese não foi aplicada de forma coerente. As soluções interpretativas que formularam esses doutrinadores para os casos controvertidos refletiam opções políticas pessoais e não resultavam da 'exegese' da letra da lei e da pura 'dedução'". DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico: Introdução a uma Teoria do Direito e Defesa do Pragmatismo Jurídico-Político**. São Paulo: Método, 2006. p. 54.

<sup>259</sup> BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito**. (1961) São Paulo: Ícone Editora, 1999. p. 83-89.

<sup>260</sup> Tradução livre de: "They must fill gaps and resolve conflicts in the legislative scheme. They must adapt the law to changing conditions. The code is not self-evident in application, particularly to the thoughtful judge". MERRYMAN e PÉREZ-PERDOMO. **The Civil Law Tradition...** Op. cit., p. 43

<sup>261</sup> BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MORAWSKI, Lech; MIGUEL, Alfonso Ruiz. Rationales for Precedent. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert (Org). **Interpreting Precedents: A Comparative Study**. Aldershot: Ashgate, 1997. p. 481-502. p. 484.

É possível dizer, a partir disso, que a própria legislação passa a sofrer glosas a partir de um corpo de precedentes interpretativos, que permitem que se pense, efetivamente, em uma ordem jurídica que seja efetivamente operacional.

Isso porque, "enquanto se pode imaginar um corpo de puro direito casuístico como uma ordem jurídica funcional, é difícil conceber [um corpo puro] de direito legislado, mesmo sob a codificação mais abrangente"<sup>262</sup>.

É nesse sentido que se pode dizer que os precedentes tornaram-se mecanismos indispensáveis para a "concretização" de regras e princípios jurídicos<sup>263</sup>, em uma interação que é, ao mesmo tempo, complexa e variável em uma perspectiva histórica<sup>264</sup>.

Dessa forma, percebe-se a importância do precedente como um instrumento de ambas as tradições jurídicas<sup>265</sup>, em especial a partir do problema da

<sup>262</sup> Tradução livre de: "While one can imagine a body of pure case law as a workable legal order, it is difficult to conceive of statute law, even under the most comprehensive codification". MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert. Introduction. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert (Org). **Interpreting Precedents: A Comparative Study**. Aldershot: Ashgate, 1997. p. 1-15. p. 2.

<sup>263</sup> TARUFFO, Michele. Institutional Factors Influencing Precedents. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert (Org). **Interpreting Precedents: A Comparative Study**. Aldershot: Ashgate, 1997. p. 437-460. p. 459.

<sup>264</sup> Como explica Tarufo: "The interaction between precedents and statutory law is extremely complex and varying also in historical perspective. In some areas, such as torts, few very general principles are applied to a multitude of cases and courts refine these into a number of more concrete and detailed rules. Then precedents are extremely important as a development and an integration of basic legal rules. Elsewhere in the legal systems, precedents are used in order to interpret detailed and complex statutory regulations. Then the function and role of precedents is connected and changing in correspondence with the developments and changes occurring in the status of other legal sources. Sometimes precedents anticipate statutes because the courts are the first in developing new legal issues and then the legislatures intervenes, 'absorbing' precedents into new statutes, or using statutes to reject precedents in favor of different solutions. Sometimes precedents interpret statutes, modifying, extending and updating their meaning. Sometimes precedents just 'apply' a statute, adapting it to specific facts". TARUFFO. Institutional Factors..., *Op. cit.*, p. 456-457.

<sup>265</sup> Apesar do foco principal da análise de Melvin Eisenberg ser o common law e não o direito legislado (statutory law) ou direito constitucional, ainda que inseridos em um sistema que faça parte da tradição da common law, a relação entre o problema da interpretação e do desenvolvimento incremental do direito em relação a essas regulações jurídicas não passou por ele despercebido: "Those bodies of law differ from the common law in that they are rooted in canonical texts, which the courts cannot properly reformulate. However, the application of a canonical text to a given case is frequently far from self-evident, and establishing the full meaning of such a text often requires the application of institutional principles of interpretation. (...) Therefore, although courts must faithfully employ constitutional and statutory texts in cases to which they are applicable, it might be said that constitutional and statutory law is not comprised solely of those texts, but consists of the rules that would be generated at the present moment by the application of those texts of the governing principles of interpretation (including the standard of doctrinal stability, the standard of systemic consistency, and a standard of congruence with relevant social propositions). Under this analysis, the content of all law in our society, not merely the common law, would be determined by the generative conception; that is, the law would consist of the rules that would be generated at the present moment by the application of

interpretação, o que é justificado pelo direito como planejamento pela própria lógica incremental dos planos.

### CAPÍTULO 3 - INTERPRETAÇÃO, JUSTIFICAÇÃO DOS PRECEDENTES, CONFIANÇA NO JUDICIÁRIO E MOTIVAÇÃO A PARTIR DO PRECEDENTE

A partir das reflexões realizadas nos capítulos antecedentes, é possível dirigir agora a atenção para o problema da interpretação a partir da economia da confiança atribuída no sistema jurídico brasileiro ao Poder Judiciário, o que é especialmente relevante no contexto da aprovação do novo Código de Processo Civil e de sua entrada em vigor que se aproxima<sup>266</sup>.

Trata-se, a rigor, de um novo subplano legislativo para a implementação das funções da jurisdição previstas pelo plano mestre constitucional<sup>267</sup>.

É a partir da conjugação desses fatores (interpretação e economia da confiança) que se vê ainda mais nitidamente a necessidade de compreensão institucional do judiciário e sua conexão com o instrumento do precedente, apresentando, desse modo, uma justificativa a partir da teoria do direito como planejamento para o que a doutrina corretamente identificou como duplo discurso da jurisdição no plano mestre do sistema de organização estatal brasileiro<sup>268</sup>.

Tendo em conta a economia da confiança, enfrenta-se, na segunda parte deste capítulo, a regulação dos precedentes no marco do novo Código de Processo Civil, abordando, a seguir, o tema da motivação a partir do precedente, ou seja, os elementos básicos para a sua operabilidade a partir da imposição constitucional e legal de motivação das decisões judiciais.

---

<sup>266</sup> O novo Código de Processo Civil, sancionado em 16/03/2015 e publicado no DOU em 17/03/2015, entrará em vigor em 17/03/2016, conforme o seu art. 1.045.

<sup>267</sup> Apesar do reconhecimento da força normativa da Constituição de 1988 ser um *crescendo* na narrativa constitucional brasileira desde a sua promulgação, o que poderia levar a se considerar o art. 1º do novo Código como supérfluo ao ligar o processo aos valores e normas fundamentais da Constituição, esse dispositivo deve ser visto com louvor. Isso porque abre o novo código apontando para o relevante caráter instrumental do direito processual para a consecução do plano mestre constitucional e sua inserção em um sistema de planejamento mais amplo.

<sup>268</sup> Nesse sentido, MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. (2006) 8ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 90-150, MITIDIERO, Daniel, Fundamentação e Precedente: Dois Discursos a partir da Decisão Judicial, **Revista de Processo**, V. 206, [S.I.], p. 61 e ss, Abril, 2012, e MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas: Do Controle à Interpretação**, da Jurisprudência ao Precedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 16-32.



### 3.1 O PROBLEMA DA INTERPRETAÇÃO

#### 3.1.1 Raciocínio Jurídico e Interpretação

Propõe-se aqui uma reflexão sobre as ideias de raciocínio jurídico, interpretação e o processo de tomada de decisão judicial. Buscam-se elementos para compreender a atividade de planejamento levada a cabo pelo judiciário sob a rubrica da interpretação.

A teoria do direito como planejamento não ignora a indeterminação do direito, vendo-a mais como uma característica do que como um defeito. Para tanto basta pensar no reconhecimento da estrutura nidificada dos planos como um de seus principais elementos.

Recorde-se, porém, que para a teoria, se o raciocínio jurídico, compreendido como a descoberta do direito aplicável, de um canto, é visto como necessariamente distanciado da moral, de outro, no processo de tomada de decisão não há a mesma restrição. Isso porque de acordo com o argumento dos limites do social, o planejamento jurídico seria necessariamente sempre lacunoso, incompleto.

Por essa razão, tem-se que uma das bases para guiar a presente reflexão é a de que um sistema jurídico racional não é o que busca a completude e a absoluta determinação na regulação e avaliação de condutas (o que se poderia chamar de totalidade planejadora)<sup>269</sup>, mas sim aquele que estabelece um equilíbrio adequado

---

<sup>269</sup> A ideia de totalidade planejadora e, ao mesmo tempo, a percepção de sua inadequação e falibilidade pode ser vista no exemplo histórico do Código Civil prussiano elaborado no reinado de Frederico II. Contendo mais de 17.000 artigos, proibiu-se aos juízes que o interpretassem, devendo, em caso de dúvidas, as encaminhar para uma Comissão das Leis criada com o propósito específico de saná-las. Como anotam Merryman e Pérez Perdomo, a referida comissão nunca desempenhou o papel previsto e o código, por mais detalhado que fosse, não conseguiu prover respostas óbvias para todos os casos. Assim, os juízes necessariamente fizeram da interpretação de seus dispositivos sua tarefa diária. MERRYMAN, John H.; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America**. (1969) 3ª Ed. Stanford: Stanford University Press, 2007, p. 39. É curioso notar, que mesmo Bentham, que em seu projeto para desmistificar o direito, proferiu críticas ácidas ao *common law* - chegou a denominá-lo de direito para cachorros ("*dog law*") pelo fato de sua previsibilidade ser reduzida pela possibilidade de aplicação de normas não pré-existentes, advogando, inclusive, a completa codificação do *common law* -, seria surpreendido pelo fato de que leis detalhadas e específicas aumentaram, ao invés de diminuir, a necessidade de intervenção e interpretação judicial. A complexidade e fluidez da vida contemporânea faz com que as cortes sejam constantemente chamadas a solucionar controvérsias sobre a adequada interpretação da linguagem em que vertidas as disposições legislativas. Do mesmo modo, a prevalência de intrincados esquemas regulatórios produziu um estado de coisas em que os debates sobre a interpretação da lei avultam nas discussões sobre a defesa judicial de uma determinada tomada de posição frente à lei, o raciocínio jurídico e o processo de tomada de decisão

entre clareza, previsibilidade e restrições às ações daqueles a ele sujeitos, de um lado, com retidão, flexibilidade e discricionariedade, de outro<sup>270</sup>.

Ou seja, tem-se como pressuposto a ausência de completude normativa do sistema a regular todas as instâncias da vida e conseqüentemente, todos os casos.

É a partir disso que para Shapiro o fato de os juízes rotineiramente apoiarem-se em considerações morais simplesmente indicaria que estão comprometidos com um novo *round*, uma nova etapa de planejamento social<sup>271</sup>, que, porém, não ocorre no vazio.

É necessário compreender que ao distinguir as restrições impostas pelo direito e pela moralidade, a teoria do direito como planejamento interpreta a autoridade jurídica em perspectiva, como um "operador modal"<sup>272</sup>.

Isso quer dizer que a atribuição de autoridade jurídica a alguém não significa lhe atribuir autoridade moral, mas sim que, do ponto de vista do direito (*legal point of view*), o sujeito em questão exerce legitimamente o poder<sup>273</sup>.

Dessa forma, a perspectiva que se denomina "ponto de vista do direito" implica que este envolva apenas aquelas questões já estabelecidas pelos planos. Bem por isso, "obrigações jurídicas aplicam-se a ações sob certas descrições, e não às ações elas próprias, pois é suposto que declarações de obrigação jurídica em perspectiva reportem-se ao ponto de vista do direito"<sup>274</sup>.

Isso é particularmente importante para ver como a teoria lida com textos jurídicos que incorporam elementos morais para a sua aplicação e, também, como as novas redescrições dessas cláusulas, quando perturbadas pelas especificidades dos casos concretos, efetivamente serão adicionadas ao acervo normativo existente.

---

judicial. SCHAUER, Frederick. **Thinking Like a Lawyer: A New Introduction to Legal Reasoning**. Cambridge: Harvard University Press, 2009. p. 150.

<sup>270</sup> SHAPIRO. **Legality**. Op. cit. p. 257-258.

<sup>271</sup> SHAPIRO. **Legality**. Op. cit. p. 276.

<sup>272</sup> SCHIAVELLO, Aldo. Rule of Recognition, Convention and Obligation: What Shapiro Can Still Learn from Hart's Mistakes. In: CANALE, Damiano; TUZET, Giovanni (Org.). **The Planning Theory of Law: A Critical Reading**. Dordrecht: Springer, 2013. pp. 65-87. p. 85.

<sup>273</sup> SHAPIRO. **Legality**. Op. cit. p. 184-186.

<sup>274</sup> Tradução livre de: "Legal obligations apply to actions under certain descriptions, not actions themselves, because perspectival statements of legal obligation are supposed to report the legal point of view". SHAPIRO. **Legality**. Op. cit. p. 280.

É preciso, porém, questionar: seriam os precedentes, desse modo, verdadeiros subplanos construídos pelo judiciário a partir das suas decisões, ou seja, da interpretação e aplicação dos textos jurídicos, aumentando a capacidade regulativa do direito ao longo do tempo?

Mais do que isso, é possível vê-los apenas como resultado de pura decisão influenciada pela moral, ou há, aqui, restrições argumentativas decorrentes do próprio raciocínio jurídico nessa nova etapa do planejamento, levada a cabo sob a rubrica da interpretação?

A questão, a rigor, diz respeito a saber quando efetivamente se pode dizer que, diante da dúvida, a capacidade de um plano efetivamente se esgota, ou seja, que se esgotou o planejamento social previamente provido pelos planos postos pelo direito.

Para Shapiro o direito será indeterminado em razão da relatividade das descrições de um dado ato perante o direito.

Isso ocorre, por exemplo, quando uma ação se adéqua à zona penumbral de uma determinada regra e não ao núcleo de uma mais específica, ao núcleo de uma regra carregada moralmente, mas não ao núcleo de uma regra mais específica e "moralmente neutra", ou mesmo ao núcleo de duas regras inconsistentes quando não há, dentro do próprio sistema, regra específica que possa solucionar adequadamente esse conflito<sup>275</sup>.

O problema também pode ser abordado a partir da ideia de que toda norma poderia ser indeterminada em razão da vagueza decorrente dos predicados da linguagem natural, de modo que não se poderia saber, em princípio, exatamente quais pressupostos fáticos recaem em seu campo de sua aplicação.<sup>276</sup>

---

<sup>275</sup> SHAPIRO. **Legality**. Op. cit. p. 281.

<sup>276</sup> "La vaghezza (la *open texture*, la trama aperta) - a differenza dell'equivocità - è una proprietà oggettiva del linguaggio, e non solo del linguaggio giuridico: tutti i predicati in senso logico condividono (almeno potenzialmente) questa proprietà. La vaghezza non dipende dunque dalle tecniche interpretative o dalla dogmatica: essa non può essere soppressa (anche se può essere ridotta per mezzo di definizioni). La vaghezza delle espressioni usate nel linguaggio delle fonti - che non è risolta dalla interpretazione in astratto - fa sì che l'interprete, di fronte ad un caso 'maginale', cioè, ad un caso che cade ai margini della 'trama' - nella 'area di penombra', come si usa dire - possa decidere discrezionalmente se la fattispecie in esame debba o non debba essere inclusa nel campo di applicazione della norma in questione. L'interpretazione 'in concreto' riduce (in relazione all'uno o all'altro caso concreto) l'indeterminatezza delle norme". GUASTINI, Riccardo. **Interpretare e Argomentare**. Milano: Giuffrè, 2011. p. 56.

Antes de propriamente resolver essas questões, é necessário notar, porém, que a teoria metainterpretativa de Shapiro constitui importante passo no marco do positivismo ao articular a existência de uma metodologia juridicamente vinculante sobre como juízes devem decidir os casos postos diante de si, o que não significa uma visão distanciada do sistema concreto em que estão inseridos.

Como bem identificou Mark Bennett,

Shapiro constata que positivistas anteriores, notadamente Hart, pensaram que a metodologia interpretativa adequada em um sistema jurídico dependia de práticas contingentes das autoridades jurídicas em vez de serem evidentes na estrutura do sistema jurídico. Para Shapiro, porém, o Estado de Direito exige que nós olhemos com maior atenção aos próprios planos do direito para o planejamento. Se as práticas das autoridades jurídicas ainda determinam a metodologia interpretativa adequada, na teoria de Shapiro isso se dá em razão de seu papel no desenvolvimento dos planos fundamentais do sistema jurídico. A economia da confiança evidente nesses planos mestres é a chave para a determinação da metodologia interpretativa juridicamente exigida, e esta, na visão de Shapiro, é uma questão de fato social [e não moral]<sup>277</sup>.

Quando se fala em problemas interpretativos, em especial tendo em vista a atividade de planejamento levada a cabo pelo judiciário, impõe-se um olhar crítico para a ideia de completa dissociação entre raciocínio jurídico (*legal reasoning*) e tomada de decisão judicial, bem como investigar como isso influencia o problema da indeterminação e da interpretação.

Lembre-se que para justificar a presença de elementos morais no momento da decisão judicial, Shapiro adota a distinção entre esta última e o raciocínio jurídico. Isso se dá a partir de sua posição positivista exclusivista que visa privilegiar fatos sociais, ou seja, que determinadas normas são consideradas jurídicas, ou seja, contam como direito apenas por possuírem *pedigree social*.

---

<sup>277</sup> Tradução livre de: "Shapiro observes that earlier positivists, notably Hart, thought that the appropriate interpretive methodology in a legal system depended on the contingent social practices of officials, rather than being evident in the structure of the legal system. But for Shapiro, the rule of law requires that we look in more detail at the law's own plans for planning. While legal officials' practices still determine the appropriate interpretive methodology, in Shapiro's theory this is due to their role in developing the fundamental plans of the legal system. The economy of trust evident in these master plans is key to determining the legally required interpretive methodology, and the economy of trust is in Shapiro's view a matter of social fact". BENNETT, Mark J. **Legal Positivism and the Rule of Law: The Hartian Response to Fuller's Challenge**. 336 f. Tese (Doctor of Juridical Science) - Graduate Department of Law, University of Toronto, 2013. p. 244.

De outro canto, somando-se a esse elemento, é preciso ter como pressuposto o grau de importância dado pela teoria metainterpretativa à economia da confiança, que está longe de ser meramente trivial.

Isso pois, como já disse Joseph Raz, escolher um método de interpretação está diretamente conectado com a distribuição do poder entre os órgãos governamentais. Alocar poder aos diferentes órgãos é uma questão com grandes consequências políticas e morais. Mais do que isso, "a escolha dos métodos de interpretação faz parte da constituição de cada estado"<sup>278</sup>.

Assim, a investigação do problema da indeterminação do direito e da interpretação, deve ser feita de modo a se buscar reconciliar os dois elementos centrais da teoria do direito como planejamento.

Assim se deve proceder pois os planos, de um lado, desempenham o seu papel ao eliminar os custos decisórios em ambientes de incerteza e de profusão de controvérsias morais, e, de outro, ao mesmo tempo deixam espaço aberto para que sejam desenvolvidos de modo incremental mediante novos subplanos, o que, se defenderá, depende de sua correlação com o instrumento do precedente.

### 3.1.2. Raciocínio Jurídico, Tese das Fontes e Teorias da Interpretação

Ao tratar de raciocínio jurídico pode-se pensar em três diferentes sentidos. Como explica Julie Dickson<sup>279</sup>, no primeiro significa o raciocínio utilizado para estabelecer o conteúdo do direito sobre um determinada assunto. No segundo, por sua vez, o raciocínio que leva do conteúdo do direito à decisão que deve ser adotada por um órgão de aplicação do direito (como por exemplo uma corte judicial). Ainda, pode ser o raciocínio sobre a decisão que uma corte deve adotar em um determinado caso, consideradas todas as possíveis circunstâncias.

<sup>278</sup> RAZ, Joseph. On the Nature of Law. (1996) In: RAZ, Joseph. **Between Authority and Interpretation: On the Theory of Law and Practical Reason**. Oxford: Oxford University Press, 2009. p.91-125. p. 124-125.

<sup>279</sup> DICKSON, Julie. Interpretation and Coherence in Legal Reasoning In: Edward N. Zalta (Org.). **The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Summer 2014 Edition)**. Stanford: The Metaphysics Research Lab, 2014. Disponível em: < <http://plato.stanford.edu/archives/sum2014/entries/legal-reas-interpret/>>. Acesso em 07/12/2014. Item 1.

No que aqui particularmente interessa, raciocínio jurídico envolve principalmente os dois primeiros sentidos acima delineados, apesar de para Shapiro, levando em conta a sua distinção entre raciocínio jurídico e tomada de decisão judicial, pelo menos em princípio, se limitar à primeira das hipóteses.

É possível ver, assim, um breve afastamento da teoria de Shapiro em relação à posição de Joseph Raz, para quem o raciocínio jurídico pode se dar tanto sobre aquilo que o direito é, quanto sobre como as controvérsias devem ser resolvidas de acordo com o direito<sup>280</sup>.

Dá-se aqui, porém, atenção a ambos os sentidos conjuntamente, pois é neles que se pode incluir de forma mais clara a tensão entre a redução dos custos deliberativos proporcionados pelos planos e a sua necessidade de desenvolvimento incremental. Ou seja, como se dá e quais são os possíveis limites para o planejamento desenvolvido pelo Poder Judiciário.

Nesse sentido, o raciocínio jurídico não é dissociável de interpretação. E esta, por sua vez, é um conceito de duas faces, pois ao mesmo tempo em que há um elemento eminentemente conservador, possui igualmente um traço criativo<sup>281</sup>.

Dois pontos sobre a linguagem jurídica em especial são relevantes para se entender a questão. Deve-se lidar, a um só tempo, com o problema do significado e da interpretação a partir das noções de que sua aplicação depende simultaneamente dos contextos de seu uso e de juízos avaliativos.

A aplicação de um plano para Shapiro, recorde-se, é um processo que pode ser dividido, em três diferentes etapas. O aplicador deve determinar o conteúdo do plano, o contexto de sua aplicação e como se ajustar ao plano naquele contexto.

---

<sup>280</sup> "At first sight, the distinction drawn by Shapiro between legal reasoning proper and legal decision-making seems to echo Joseph Raz's distinction between legal reasoning about the law and legal reasoning according to the law. (...) The crucial difference, though, is that according to Raz, they are both instances of legal reasoning". PINO. "What's the Plan?"..., Op. cit. p. 194.

<sup>281</sup> "For all this, however, a surprising number of legal theorists agree — at least at an abstract level — about one central characteristic of interpretation, namely that interpretation is a Janus-faced concept, encompassing both a backward-looking conserving component, and a forward-looking creative one. In other words, an interpretation of something is an interpretation of *something* — it presupposes that there is a something, or an original, there to be interpreted, and to which any valid interpretation must be faithful to some extent, thus differentiating interpretation from pure invention—but it is also an interpretation of something, i.e. an attempt not merely to reproduce but to make something of or bring something out of an original. (...) This dualism would seem to indicate that in interpreting the law, judges both seek to capture and be faithful to the content of the law as it currently exists, and to supplement, modify, or bring out something new in the law, in the course of reasoning from the content of the law to a decision in a particular case." DICKSON, Julie. Interpretation and Coherence. Op. cit., Item 2.2.

A dependência do contexto, como se pode imaginar, é uma instanciiação do problema mais geral sobre a comunicação, o qual se reflete a partir da distinção entre semântica e pragmática<sup>282</sup>, esta última compreendida como a parte da teoria da linguagem que permite da conta dos princípios que permitem aos usuários de uma dada linguagem se compreenderem reciprocamente.

Como explica Timothy Endicott, busca-se distinguir o significado de uma expressão linguística do efeito que deve a ela ser adscrito em razão de seu uso contextual. Independente de controvérsias sobre se a pragmática jurídica seria ou não somente parte da pragmática dos usos linguísticos em geral, há relativa concordância de que o direito possui um elemento característico especial que o diferencia da conversação ordinária. Este diz respeito ao fato de os sistemas jurídicos possuírem instituições e processos para a solução de controvérsias sobre a aplicação da linguagem jurídica que emergem, ainda que parcialmente, como um resultado de sua dependência contextual<sup>283</sup>.

Isso é relevante, pois a lógica do planejamento pressupõe não apenas a aplicação dos planos, mas que estes sejam determináveis por aqueles que os aplicam, tudo isso mediante um método que não reabra as questões que são desenhados para resolver.

Planos compartilhados são criados para guiar e coordenar o comportamento. E somente atingem esse objetivo ao solucionar as dúvidas existentes sobre como se deve agir, espécie de dilema que possui um eminente colorido moral. Apenas fatos sociais, e não morais, podem desempenhar essa função adequadamente<sup>284</sup>, visto

---

<sup>282</sup> A relevância das questões envolvendo interpretação, semântica e pragmática, bem como uma definição singela - e certa - desta última pode ser encontrada em Dascal e Wróblewski: "In legal practice and often also in legal theory, issues of interpretation of a law, a precedent, and even an indictment and a sentence, loom large. Sometimes such issues hinge on technical legal terms, but more often they have to do with the way certain expressions of everyday language are or should be understood in a certain context of use. Pragmatics is that part of the theory of language that undertakes - among other things - to account for the principles of language use that allow for users of a language to understand each other, i.e., to interpret appropriately, in the context of use, utterances or texts" DASCAL, Marcelo; WRÓBLEWSKI, Jerzy. Transparency and Doubt: Understanding and Interpretation in Pragmatics and in Law, **Law and Philosophy**, V. 7, [S.l.], p. 203-224, 1988. p. 203.

<sup>283</sup> ENDICOTT, Timothy. Law and Language. In: Edward N. Zalta (Org.). **The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Spring 2014 Edition)**. Stanford: The Metaphysics Research Lab, 2014. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/archives/spr2014/entries/law-language/>>. Acesso em 07/12/2014. Item 2.2.

<sup>284</sup> SHAPIRO. **Legality**. Op. cit. p. 177.

que caso contrário não haveria propriamente uma solução para os problemas que emergem nas circunstâncias da juridicidade.

Percebe-se, assim, que um dos elementos mais importantes da teoria do direito como planejamento é, a rigor, o fato de a aplicação dos planos impor um alto grau de estabilidade, desempenhando a mesma função daquilo que Joseph Raz denomina razões excludentes (*exclusionary reasons*)<sup>285</sup>.

Uma razão excludente visa afastar considerações diversas que dariam um substrato válido para a ação. As razões excludentes são, por si próprias, razões para não agir conforme outras razões que seriam, em princípio, igualmente válidas<sup>286</sup>.

Ou seja, um plano é uma razão para desconsiderar razões adicionais, canalizando e reduzindo, portanto, os custos deliberativos anteriores à própria ação. Essa é a razão principal pela qual se pode enquadrar a teoria de Shapiro no marco do positivismo jurídico exclusivo, bem como à sua subscrição à compreensão forte da tese das fontes sociais<sup>287</sup>.

Para Joseph Raz, fonte deve ser compreendida em um sentido técnico bastante específico, qual seja, o de que direito possui fonte apenas se seu conteúdo e existência podem ser determinados sem fazer uso de argumentos morais. Isso, porém, por si só não exclui argumentos acerca de compreensões morais e sobre a

<sup>285</sup> SCHIAVELLO. Rule of Recognition..., *Op. cit.*, p. 80.

<sup>286</sup> "The very point of an exclusionary reason is to exclude acting for another consideration which is a valid reason for action (...) Exclusionary reasons are reasons for not acting for certain valid reasons. They do not nullify or cancel those reasons (...), nor are they reasons for not acting on my belief in certain reasons. They are reasons for not acting for those reasons as they are, rather than as I think that they are". RAZ, Joseph. **Practical Reasons and Norms**. (1975) Oxford: Oxford University Press, 1999. p. 183-184.

<sup>287</sup> O contato entre as reflexões teóricas de Shapiro e Raz é bastante nítido, como se vê no seguinte trecho: "De acordo com a tese das fontes, o direito só existe naquelas sociedades em que haja instituições judiciais que reconheçam a distinção entre o estágio deliberativo e o executivo, ou seja, que se consideram obrigadas a reconhecer e impor certas razões não porque as teriam aprovado se tivesse sido incumbidas da questão no estágio deliberativo, mas porque consideram que sua validade foi legítima e oficialmente decidida pelo costume, pela legislação ou por decisões judiciais anteriores; desse modo, os tribunais consideram que as questões litigiosas submetidas à sua apreciação encontram-se no estágio executivo. Quando isto ocorre, os tribunais não entabulam discussões morais sobre a conveniência de considerar determinado fato (por exemplo, uma lei previamente existente) como razão para determinada ação; ao contrário, uma vez que a existência do fato pertinente tenha sido estabelecida por meio de um argumento moralmente neutro, eles o tomam como uma razão que estarão obrigados a aplicar. Apenas as razões que obrigam os tribunais de tal maneira, isto é, apenas as razões 'executivas', cuja existência possa ser estabelecida sem invocar argumentos morais, são razões jurídicas. A tese das fontes atribui ao direito o estágio executivo da tomada de decisões judiciais" RAZ, Joseph. **O Conceito de Sistema Jurídico: Uma Introdução à Teoria dos Sistemas Jurídicos**. (1970) São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 285-286.



intencionalidade, que para esse autor seriam necessárias para a interpretação do próprio direito. Assim, as fontes do direito são os fatos mediante os quais o direito é válido e permitem a identificação de seu conteúdo.

Esse sentido de "fonte" é mais amplo do que apenas o de "fonte formal", pois "'fonte', como utilizado aqui, inclui também 'fontes interpretativas', ou seja, todos os relevantes materiais interpretativos. As fontes do direito assim compreendidas nunca são um ato (de legislação, etc.) isolado, mas uma gama de fatos de variados tipos"<sup>288</sup>.

Assim, a visão incremental explicada pela teoria do direito como planejamento ganha muito ao se compreender o precedente como o instrumento que permite ver o momento operativo do desenvolvimento do direito à luz da interpretação que é feita pelo judiciário.

Devem ser afastadas desde logo, porém, algumas más compreensões que circundam a tese das fontes.

Ao contrário do que se pode pensar, a tese não implica que todo o direito deva necessariamente ser explícito ou que o direito não possa ser objeto de controvérsias (recorde-se que a possibilidade de desacordos é explicada pela própria teoria metainterpretativa, em especial pela fase da extração), mas sim decorre do papel mediador do direito.

De acordo com Raz, a tese das fontes leva à conclusão que as cortes amiúde participam no processo de criação do direito quando suas decisões são vinculantes para futuros julgadores ou não se restringem a refletir decisões anteriores dotadas de autoridade.

Isso, porém, não significa que ao exercitar esse poder as cortes ajam ou devam agir com base na visão pessoal dos juízes sobre como o mundo deve ser idealmente regido<sup>289</sup>. Como isso se reconcilia com a ideia de dependência contextual da interpretação?

---

<sup>288</sup> Tradução livre de: 'Source' as used here includes also 'interpretative sources', namely all the relevant interpretative materials. The sources of a law thus understood are never a single act (of legislation, etc.) alone, but a whole range of facts of a variety of kinds". RAZ, Joseph. *Legal Positivism and the Sources of Law*. In: **The Authority of Law: Essays on Law and Morality**. (1979) 2ª Ed. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 47-48.

<sup>289</sup> "Saying this does not mean, however, that courts in exercising their discretion either do or should act on the basis of their personal views on how the world should be ideally run. (...) But judges are not allowed to forget that they are not dictators who can fashion the world to their own blueprint of the ideal society". RAZ, Joseph. *Authority, Law and Morality*. (1985) In: **Ethics in the Public Domain:**

Em princípio, explica Endicott<sup>290</sup>, não se pode identificar o direito sem raciocínios avaliativos e julgamentos de valor, o que levaria à tese a ser questionada mesmo diante dos casos mais claros de aplicação de uma lei formulada em linguagem descritiva.

Isso pois o conteúdo da lei só poderia ser identificado em um julgamento avaliativo sobre como os propósitos da lei devem ser concebidos, o que implicaria desempenhar o mesmo tipo de raciocínio que o próprio direito, enquanto planejamento, visa evitar.

Por essa razão, Jeremy Waldron argumenta que a teoria do direito como planejamento não explica exatamente como deve um juiz proceder quando o plano supostamente estabelecido para solucionar dilemas morais faz uso de termos como "não razoável", "cruel", "excessivo", ou mesmo ideias completamente abstratas como "igual proteção" ou "devido processo"<sup>291</sup>.

Nesses casos o que se tem, segundo o autor, é um plano para o raciocínio moral, pois tanto no que diz respeito à regulação de comportamentos de variados tipos, a necessidade de emprego desse tipo de raciocínio também constitui uma das razões pelas quais os próprios planos são necessários.

Assim, mesmo que predicados morais sejam utilizados, isso não significaria reabrir essas mesmas questões. Ter um critério moral para a identificação do direito ou do que o direito exige sobre um determinado ponto não necessariamente se choca com o próprio propósito de o direito regular a matéria<sup>292</sup>.

Ocorre, porém, que para a tese das fontes não seja minada pelo fato de julgamentos avaliativos serem necessários à identificação do conteúdo do direito, é necessário que seja possível que as diretivas jurídicas tenham a força excludente que reivindicam<sup>293</sup>, canalizando a própria deliberação sobre esses mesmos propósitos.

---

Essays in the Morality of Law and Politics. (1994) Oxford: Oxford University Press, 2001. p. 210-237. p. 234-235.

<sup>290</sup> ENDICOTT. Law and Language, *Op. cit.*, item 2.2.

<sup>291</sup> WALDRON, Jeremy, Planning for Legality, **Michigan Law Review**, V. 109, [S.I.], p. 883-902, 2011. p. 900.

<sup>292</sup> WALDRON. Planning for Legality. *Op. cit.*, p. 896.

<sup>293</sup> ENDICOTT. Law and Language, *Op. cit.*, item 2.2.

Ou seja, não se trata, como pretende Waldron, de dizer que exista um critério moral para a identificação do direito, mas sim que a interpretação conjunta dos planos tenha a capacidade de restringir as possibilidades argumentativas viáveis em tese, guiando a deliberação.

É desse modo que se pode manter fiel à tese das fontes, sem que se viole os argumentos da lógica simples do planejamento e da lógica geral do planejamento.

Quanto à lógica simples do planejamento, basta recordar que a partir dela se compreende que a obrigação jurídica de aplicar uma norma não dotada de *pedigree* não significa a sua conversão de norma moral em jurídica.

Como a finalidade das normas jurídicas é apresentar respostas a questões morais, fatos morais não podem, eles próprios, determinar o conteúdo das respostas<sup>294</sup>.

No que diz respeito à lógica geral do planejamento, por sua vez, e que se refere especificamente à interpretação de planos, não se nega que a interpretação de um plano possa resultar em um novo subplano, em especial quando a sua interpretação adequada é determinada, por exemplo, por conceitos amplos ou morais, ainda que canalizados pelo próprio sistema jurídico existente.

O que a lógica geral do planejamento obsta é a possibilidade de que qualquer interpretação possa ser determinada isoladamente pelos fatos cuja existência qualquer outra norma, ou melhor, qualquer outro *plano* inserido no sistema tenha tido o objetivo de pacificar, solucionar.

Ou seja, a lógica geral do planejamento vê a interpretação de um plano inserida como mais um elemento em um sistema amplo composto por vários planos que se inter-relacionam.

A ideia central é de que a interpretação não deve requerer que intérprete responda novamente à mesma e exata questão que outro plano do sistema já tenha pretendido responder, o que minaria a razão de se possuir um sistema de planejamento<sup>295</sup> e, ao mesmo tempo, ignoraria dois de seus elementos centrais, quais sejam, sua estrutura composta e nidificada.

De toda sorte, é preciso nesse ponto retornar à tese das fontes, esclarecendo-se, à luz da reflexão de Joseph Raz, que a ideia de criação do direito

---

<sup>294</sup> SHAPIRO. **Legality**. Op. cit., p. 278.

<sup>295</sup> SHAPIRO. **Legality**. Op. cit., p. 311.

está ligada à de poder direcionado. Conecta-se ao dever de usar esse poder para atingir determinados objetivos<sup>296</sup>, o que é um ponto de contato forte com a posição de Shapiro.

Da noção de poder direcionado é possível ver o porquê de o direito prover as razões operativas<sup>297</sup> para o seu próprio desenvolvimento.

Dessa ideia, fica mais clara a visão de Herbert Hart de que mesmo quando os juízes criam o direito diante dos casos penumbrais, ou seja quando o direito mostra-se indeterminado, seja a partir da lei ou dos próprios precedentes, perturbados pelas especificidades do caso, ou, ainda, quando é efetivamente silente sobre a matéria posta à apreciação de um órgão que a que se atribui o poder de solucionar controvérsias, os julgadores não efetivamente "legislam" sem qualquer consideração ao direito posto, colocando de lado todas as construções jurídicas antecedentes<sup>298</sup>.

A partir de todos os elementos acima delineados constata-se a necessidade de se superar dois mitos específicos sobre as compreensões acerca do direito na tradição jurídica positivista, em especial do tema do que se pode denominar "legislação judicial" ou "criação judicial do direito", e a sua relação com a problemática da interpretação.

---

<sup>296</sup> RAZ, Joseph. The Inner Logic of Law. (1984) In: **Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics.** (1994) Oxford: Oxford University Press, 2001. p. 238-253. p. 242.

<sup>297</sup> "One aspect of the philosophical debate concerning what is commonly known as the 'is-ought' question revolves around the possibility of valid inferences such that belief in their conclusions entails having a practical critical attitude while no such attitude is required for belief in their premises. (...) I shall call any reason an *operative reason* if, and only if, belief in its existence entails having the practical critical attitude". RAZ. **Practical Reasons...**, Op. cit., p. 33.

<sup>298</sup> "One principal consideration helps to explain resistance to the claim that judges sometimes both make and apply law and also elucidates the main features which distinguish judicial from a legislature's law-making. This is the importance characteristically attached by courts when deciding unregulated cases to proceeding by analogy so as to ensure that the new law they make, though *is* new, is in accordance with principles or underpinning reasons recognized as already having footing in the existing law. It is true that when particular statutes or precedents prove indeterminate, or when the explicit law is silent, judges do not just push away their law books and start to legislate without further guidance from the law. Very often, in deciding such cases, they cite some general principle or some general aim or purpose which some considerable relevant area of the existing law can be understood as exemplifying or advancing and which points towards a determinate answer for the instant hard case. (...) But though this procedure certainly defers, it does not eliminate the moment for judicial law-making, since in any hard case different principles supporting competing analogies may present themselves and a judge will often have to choose between them, relying, like a conscientious legislator, on his sense of what is best and not on any already established order of priorities prescribed for him by law". HART, Herbert L. A. **The Concept of Law.** (1961) 2ª Ed. Oxford: Oxford University Press, 1997. p. 274-275.

Isso porque a utilização da chamada discricionariedade judicial não significa o abandono do raciocínio jurídico e a adoção pura do raciocínio moral, estético, econômico ou mesmo de considerações pessoais do intérprete.

Como explica John Gardner, mesmo diante de um caso que não possa ser decidido tão somente mediante a aplicação das normas jurídicas (adicione-se, planos) já existentes, é possível utilizar-se do raciocínio jurídico para construir - ou, pode-se adicionar, reconstruir - uma nova norma (um novo subplano) que permite a decisão para o caso em apreciação. Esta, então, é validada como uma nova norma no sistema pelo próprio processo de decisão.

Nas palavras do autor:

Obviamente, o raciocínio jurídico, nesse sentido, não é apenas o raciocínio sobre quais normas jurídicas já se aplicam ao caso. É o raciocínio que tem as já-válidas normas jurídicas entre suas premissas maiores ou operativas, mas as combina de forma não redundante no mesmo argumento com premissas morais ou outras premissas de mérito<sup>299</sup>.

Desse modo, ao criar novas regras jurídicas a partir do raciocínio jurídico (ou, em outras palavras, de acordo com o direito) se vê que o juiz desempenha um papel eminentemente diferente daquele do legislador. O legislativo, diferente do judiciário, seria autorizado a criar novas normas a partir de fundamentos completamente não jurídicos, ou seja, sem ter as normas jurídicas previamente existentes como operativas em seu raciocínio<sup>300</sup>.

É claro que essa é uma visão que deve ser compreendida de forma parcimoniosa tendo em vista as imposições do constitucionalismo, em especial o reconhecimento da força normativa da constituição e do impacto dos direitos fundamentais.

Esses pontos, porém, constituem algo que a teoria do direito como planejamento pode explicar adequadamente. A partir da ideia de que a própria atividade legislativa e os planos dela decorrentes estão inseridas em um sistema com uma determinada economia da confiança, constata-se que possuem, em razão

<sup>299</sup> Tradução livre de: "Obviously, legal reasoning, in this sense, is not simply reasoning about what legal norms already apply to the case. It is reasoning that has already-valid legal norms among its major or operative premises, but combines them nonredundantly in the same argument with moral or other merit-based premises". GARDNER, John, Legal Positivism: 5½ Myths, **American Journal of Jurisprudence**, [S.l.], V. 46, No. 1, p. 199-227, 2001, p. 215.

<sup>300</sup> GARDNER. Legal Positivism..., Op. cit., p. 216.

disso, limitações, pois devem se adequar à estrutura nidificada e às diretivas conferidas pelo plano mestre e pelos subplanos que a ele foram se acoplando diacronicamente mediante a atividade planejadora.

De qualquer sorte, ainda que se pensasse em uma crítica na perspectiva da separação de poderes para afastar a possibilidade de criação de subplanos pelo judiciário<sup>301</sup>, seria possível ver com maior nitidez que a maior importância da divisão não se dá propriamente entre poderes de criação e de aplicação do direito, mas sim entre o poder legislativo de criação do direito (o poder de criar leis juridicamente inéditas, ainda que tomando em consideração as imposições do plano mestre para a realização do planejamento jurídico pelo legislativo) dos poderes judiciais de criação do direito (poder de desenvolver incremental e gradualmente o direito a partir das fontes jurídicas existentes, o que ocorre sob a rubrica da interpretação)<sup>302</sup>.

O problema, visto a partir da atividade interpretativa, mostra como a própria interpretação torna turva<sup>303</sup> a distinção entre a identificação das normas já existentes e o seu uso mediante sua reconstrução incremental ou mesmo na criação de novas normas jurídicas.<sup>304</sup> Interpretar o direito para aplicá-lo envolve ao mesmo tempo sua reconstrução.

No entanto, constatar que o intérprete constrói sentidos ao longo do processo de interpretação não dá qualquer substrato à conclusão apressada de que não

---

<sup>301</sup> Valendo aqui a crítica já feita quanto à concepção ideológica que, por exemplo, alimenta uma ideia de separação estrita entre os poderes de criação e aplicação do direito, ao invés de uma reflexão colaborativa entre eles.

<sup>302</sup> GARDNER. Legal Positivism..., Op. cit., p. 217-218.

<sup>303</sup> "Interpretative activity straddles the distinction between the identification of existing legal norms and the further use of them to make new legal norms". GARDNER. Legal Positivism..., Op. cit., p. 221.

<sup>304</sup> Apesar de não constituir marco teórico das presentes reflexões, bem como apresentar fundamento distinto do aqui defendido para a normatividade do direito - a coerção -, a relativa indeterminação do ato de aplicação do direito também já foi explorada por Hans Kelsen a partir da ideia de que se existe uma relação de vinculação ou determinação entre uma norma de um escalão superior e um inferior, esta, por sua vez, não é completa. Não é por outra razão que o autor, ainda que parta de uma abordagem cognitivista, fale na presença de uma moldura normativa e na proximidade dos atos de criação e aplicação do direito: "Tem sempre de ficar uma margem, ora maior ora menor, de livre apreciação, de tal forma que a norma do escalão superior tem sempre, em relação ao ato de produção normativa ou de execução que a aplica, o caráter de um quadro ou moldura a preencher por este ato. Mesmo uma ordem o mais pormenorizada possível tem que deixar àquele que cumpre ou executa uma pluralidade de determinações a fazer". KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. (2ª Ed. 1960) São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 388. Bem por isso, mais adiante defende que "(...) a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que - na medida em que apenas seja aferida pela lei a aplicar - têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito - no ato do tribunal, especificamente" Ibidem, p. 390-391.

existiria qualquer significado antes de se chegar ao final da atividade interpretativa (interpretação-resultado). Isso porque, "afirmar que o significado depende do uso não é o mesmo que sustentar que ele só surja com o uso específico e individual".<sup>305</sup>

Nesse sentido, defende Humberto Ávila que o intérprete não apenas constrói sentidos, pois há inegáveis significados já incorporados ao uso da linguagem, os quais emergem no seio da comunidade em que circula o discurso jurídico.

Ou seja, é possível dizer que ao partir do ponto de vista dos textos normativos, tem-se aí mesmo limites à construção de sentido, em um processo em que se manipula a linguagem à qual se incorporam núcleos de sentido, frutos da prática, constituídos pelo uso e, assim, preexistentes ao processo interpretativo individual. Não por outra razão, conclui o autor que "*interpretar é construir a partir de algo*, por isso significa *reconstruir*".<sup>306</sup>

A partir da tese das fontes percebe-se que para poder ser aplicado, parte-se da constatação de que o direito é (re)construído, pois de outro modo não seria possível sequer falar efetivamente em aplicação do direito válido.

Assim, veem-se aqui, de uma só vez, os potenciais e os limites da crítica de Giorgio Pino para a teoria metainterpretativa de Shapiro apresentada em capítulo anterior.

Lembre-se que para o professor italiano o fato de todo e qualquer ato de interpretação envolver juízos de valor faria com que a distinção de Shapiro entre raciocínio jurídico (*legal reasoning*), como *amoral*, e o processo de tomada de decisão judicial (*judicial decision-making*), que permitiria considerações morais, ruísse, tratando-se ambos mais a partir da ideia de diferença de grau de profundidade que possuiria o intérprete para confiar em considerações substantivas.<sup>307</sup>

A distinção de Shapiro, porém, tem valor por evidenciar a presença de limites para a construção de sentidos pelo intérprete, o que é dado pelos demais planos, subplanos e pela própria economia da confiança pressuposta no sistema.

---

<sup>305</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: Da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos**. (2003) 3ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 24.

<sup>306</sup> ÁVILA. **Teoria dos Princípios...**, Op. cit., p. 24.

<sup>307</sup> PINO. "What's the Plan?"..., Op. cit., p. 191.

Entende-se aqui, porém, que é necessário ver as imposições do raciocínio jurídico também no momento da criação dos novos planos e subplanos pelo judiciário, em especial quando realizados pela atividade interpretativa.

Sem esse elemento adicional a distinção deixa aberto espaço para a crítica quanto à adoção da "tese do mandato moral", como é reformulada a proposta de Shapiro por Thomas Bustamante.

De acordo com Bustamante, os conceitos morais presentes nos textos normativos seriam lidos pela teoria do direito como planejamento como autorizações para que as autoridades jurídicas empreendessem uma nova fase do planejamento social ou, no caso dos juízes, decidissem os litígios conforme suas próprias considerações morais.

O problema seria que, ao contrário, por exemplo, da tese de Dworkin do direito como integridade, a tese do mandato moral conferiria poder para os juízes confiarem em seus próprios julgamentos morais ao invés de reconstruírem o sentido das normas, em um processo hermenêutico, a partir da moralidade política da comunidade.

Dessa forma, apesar do poder a eles conferido, os juízes não encontrariam qualquer diretiva sobre como os princípios morais deveriam ser balanceados ao decidir. Ou seja, seria dado poder para solucionar os casos sem, todavia, existir um adequado controle institucional<sup>308</sup>.

Para Bustamante isso evidencia um paradoxo na teoria do direito como planejamento: de um lado a teoria não confia aos juízes e outras autoridades a interpretar o direito com base na moralidade política incorporada nas normas básicas do sistema jurídico; de outro os autorizaria a fazer uso de uma discricionariedade irrestrita ao "criar" novos planos quando a constituição, por exemplo, faz referência a conceitos avaliativos ou morais.

Na sua visão a teoria seria muito estrita ao tratar da identificação do direito e, ao mesmo tempo, extremamente fluida com o desenvolvimento do direito mediante decisões judiciais ou a construção de exceções às regras jurídicas com base em princípios morais vagos<sup>309</sup>.

---

<sup>308</sup> BUSTAMANTE, Thomas, Interpreting Plans: A Critical View of Scott Shapiro's Planning Theory of Law, **Australian Journal of Legal Philosophy**, V. 37, [S.l.], p. 219-250, 2012. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=2206307>>. Acesso em 15/11/2014. p. 14-15.

<sup>309</sup> BUSTAMANTE. Interpreting Plans..., Op. cit., p. 16.



Assim, para Bustamante ao mesmo tempo em que a teoria do planejamento respeitaria a economia da confiança do sistema, a tese do mandado moral a violaria frontalmente.

O problema nessa crítica é que ignora que a lógica geral do planejamento implica impossibilidade de qualquer interpretação (seja aquela que resulta em um novo plano, seja aquela que descortina um plano já existente) sem que se veja o próprio plano como um elemento inserido dentro de um sistema de planejamento mais amplo.

Não é correto dizer, dessa forma, que não existem quaisquer limitações à atividade judicial no momento da decisão, visto que o novo plano que será construído exige uma adequação aos demais já existentes no sistema mesmo diante das dúvidas penumbrais. Trata-se de acoplamento que se evidencia na própria estrutura dos planos, que assumem a sua característica feição nidificada.

Recorde-se que o exercício da autoridade jurídica, ou seja, a atividade jurídica de planejar, também é informada pela consistência *inter* planos, além de sua relativa estabilidade. Há, assim, no seio da teoria de Shapiro uma inegável demanda por coerência e estabilidade.

É dessa relação, entre interpretação e coerência, central na relação entre os vários planos, que se deve ver sua ligação umbilical com a ideia de segurança jurídica. Visto desse modo, já se vislumbra como a teoria de Shapiro fornece um elemento explicativo para a utilização do instrumento do precedente.

Verificado que o raciocínio que vai do conteúdo do direito ao resultado que os juízes devem adotar ao julgar um caso posto à sua apreciação é interpretativo, as questões postuladas podem ser reformuladas tendo em vista a extensão em que, ao se interpretar o direito (e portanto, construir subplanos interpretativos que a eles se agregam) deve-se buscar realizar o valor da coerência nas decisões.

Esse elemento é fornecido pela compreensão de que os *subplanos* construídos pelo judiciário devem ser lidos de forma não isolada, isso é, institucionalmente, para o que o instrumento do precedente, como se viu, não apenas é compatível com sistemas jurídicos inseridos tanto na tradição da *common law* quanto da *civil law*, mas é imprescindível à qualquer sistema concreto em que se combinem o planejamento jurídico de *cima para baixo* e de *baixo para cima*.

Como bem percebeu Jerzy Wróblewski, mesmo que haja algumas diferenças institucionais entre os diversos sistemas jurídicos, em todos eles as cortes são instituições para resolução de conflitos.

Assim, todos compartilham o problema comum da justificação de suas decisões de um modo racional e controlável. Nos sistemas contemporâneos de *common law* o direito legislado e sua interpretação operativa<sup>310</sup> passaram a ter um crescente e importante papel, ao passo que nos sistemas de *civil law* tem-se robustecido o papel das decisões judiciais, principalmente das cortes de maior nível hierárquico<sup>311</sup>.

### 3.2. ECONOMIA DA CONFIANÇA E ELEMENTOS DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

#### 3.2.1. Interpretação e Economia da Confiança: Judiciário, Constitucionalismo, Técnica Legislativa e Estruturação do Sistema de Cortes

Neste tópico pretende-se, evidenciar que a economia da confiança do sistema jurídico brasileiro em relação ao Poder Judiciário - questão diretamente ligada com o problema da interpretação - implica adoção de um instrumento que permita vivificar os planos e subplanos construídos e reconstruídos por esse poder. Nas reflexões realizadas até o momento propõe-se que esse instrumento imprescindível é dado pela compreensão do sistema de precedentes.

De acordo com a teoria metainterpretativa fornecida pela teoria do direito como planejamento<sup>312</sup>, para se verificar a economia da confiança de um dado sistema jurídico faz-se necessário que se passe por três diferentes fases: especificação, extração e avaliação.

---

<sup>310</sup> O tema da interpretação operativa será abordado com vagar no tópico sobre a motivação a partir do precedente, mais adiante no item 3.3 deste capítulo.

<sup>311</sup> WRÓBLEWSKI, Jerzy. **The Judicial Application of Law**. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1992. p. 5.

<sup>312</sup> Conforme item 2.1 do segundo capítulo.

Rememore-se brevemente que na especificação se busca verificar quais competências e características são necessários para implementar os diferentes procedimentos interpretativos possíveis.

Isso significa necessariamente perquirir quais as principais teorias interpretativas existentes (exemplificativamente serão abordadas as teorias cognitivistas, céticas, e ecléticas da interpretação).

Somente a partir disso é possível ver como esses elementos são, ou não, pressupostos pelo sistema concreto, o que se dá na segunda fase, a "extração". Nesta voltam-se os olhos especificamente para a competência e características que concretamente reputavam os planejadores do sistema um determinado grupo de agentes possuir.

Isso evidentemente está conectado aos objetivos sistêmicos, fruto do plano mestre do sistema em questão, os quais devem ser implementados por esses mesmos agentes (como se verá, sobressaem no direito brasileiro o reconhecimento da força normativa da constituição, com a adequada e tempestiva tutela dos direitos, a difusão mais ampla da técnica legislativa das cláusulas gerais e a própria estruturação hierárquica de um sistema de cortes, com funções bem delimitadas e distintas).

Por fim, na última fase, a avaliação, demonstra-se o procedimento adequado e que melhor implemente os objetivos sistêmicos identificados na extração e atribuídos aos agentes, considerando que esses tenham a competência e caráter extraídos nas duas fases anteriores. E aqui se encontra a justificação para o sistema de precedentes, compreendido em conjunto com os demais mecanismos que permitem a adequada tutela dos direitos.

Não se explorará especificadamente cada uma das características concretas do sistema jurídico brasileiro que indicam a confiança atribuída ao Poder Judiciário, o que, por si só, poderia ser objeto de reflexões teóricas à parte e bastante aprofundadas.

O objetivo é apenas demonstrar, sinteticamente, que o plano mestre do sistema jurídico brasileiro confia ao Poder Judiciário uma série de funções que impõe o reconhecimento de uma atividade não apenas de aplicação dos planos postos pelos demais agentes, mas efetivamente de adoção e desenvolvimento incremental de planos. Ou seja, uma atividade de planejamento que não raras vezes se desenvolve a partir da interpretação.

Quanto ao problema da interpretação, está conectado com as reflexões sobre a indeterminação, vagueza e ambiguidade da linguagem em que estão vertidos os textos jurídicos.

Como se vê nas reflexões de Riccardo Guastini, toda norma vigente seria indeterminada no sentido de que não se sabe de antemão quais os fatos que são abarcados por seu campo de aplicação, o que depende da vagueza dos predicados de que sofre a linguagem natural<sup>313</sup>.

A vagueza (ou textura aberta, *open texture*), diferencia-se, desse modo, da equivocidade, vista como uma propriedade objetiva da linguagem. Todo e qualquer predicado potencialmente a possui. Ela não se resolve de modo abstrato, mas sim diante de um caso particular ou marginal, que caia na zona penumbral. Neste se deve decidir se a hipótese fática em exame está ou não incluída no campo de aplicação da norma. É a interpretação concreta que reduz a indeterminação normativa<sup>314</sup>.

Tendo isso em mente, seria possível ver três diferentes e principais teorias da interpretação: as cognitivistas, para as quais a interpretação é um ato de conhecimento, as céticas, para as quais a interpretação é um ato de vontade e, por fim, as ecléticas, para os quais variará como ato de conhecimento ou de vontade, conforme a circunstância.

Para as soluções cognitivistas a interpretação textual somente pode ser uma atividade intelectual que consiste puramente em descobrir o sentido verdadeiro, unívoco e determinado do significado das disposições legislativas ou, quando muito, na verificação da igualmente verdadeira, única e determinada vontade ou intenção do legislador<sup>315</sup>.

Esse é um modo de ver que desconhece a equivocidade dos enunciados normativos e a vagueza dos predicados, estando ligado ao formalismo. Possui contemporaneamente uma capacidade explicativa mais limitada, como já exposto ao longo das reflexões.

De todo modo, não se pode ignorar que ideologicamente ainda é possível ver seus ecos na contemporaneidade, sendo responsável, inclusive, por vários

---

<sup>313</sup> GUASTINI, Riccardo. **Interpretare e Argomentare**. Milano: Giuffrè Editore, 2011. p. 52-53.

<sup>314</sup> GUASTINI. **Interpretare...**, Op. cit., p. 56.

<sup>315</sup> CHIASSONI, Pierluigi. **Tecnica dell'Interpretazione Giuridica**. Bologna: Il Mulino, 2007. p. 143.

equívocos que ainda hoje se fazem presentes em relação a apreciação crítica das teorias positivistas.

O cognitivismo formalista explica a visão que por muito tempo imperou sobre o papel subordinado e secundário a ser desempenhado pela jurisdição, em grande parte difundido, na tradição da *civil law*, pela ideologia pós-revolucionária francesa, em que se limitava o julgador a ser a mera boca que declara as palavras da lei.

Para o ceticismo (não cognitivismo), por sua vez, a interpretação textual é uma atividade necessariamente volitiva que sempre comporta decisão, ou seja, uma escolha, ainda que inconsciente, do intérprete<sup>316</sup>.

O máximo que se pode exigir, de acordo com Pierluigi Chiassoni, é a fidelidade aos valores fundamentais que o intérprete assume terem sido incorporados ao direito positivo, à luz dos quais se pode perseguir uma fidelidade à lei em uma perspectiva dinâmica que não se exaure com a produção de disposições normativas pelos órgãos nomotéticos, ou seja, que exercem a atividade legiferante<sup>317</sup>.

Como explica Guastini, a teoria cética (ou realista), possui duas variantes, uma radical e outra moderada, sendo ele próprio, adepto desta última.

Para a teoria cética moderada os textos normativos são sempre equívocos, todas as normas sempre podem possuir suportes fáticos sobre os quais parem dúvidas de qualificação, a sua vagueza pode ser reduzida incluindo ou excluindo de seu campo de aplicação os casos marginais e a interpretação judicial nunca pode ser puramente cognitiva. Para a versão radical, por outro lado, não existiria qualquer significado prévio à interpretação.<sup>318</sup>

Muito claramente esta última versão do ceticismo deve ser prontamente rejeitada, pois a interpretação não consiste em atribuir a um determinado texto qualquer significado que pretenda o intérprete, sendo imperioso levar em consideração os limites linguísticos, os métodos interpretativos utilizados na comunidade em que se insere e, pode-se adicionar, de acordo com a teoria do direito como planejamento, a economia da confiança no sistema em relação ao papel a ser desempenhado pelo próprio intérprete.

---

<sup>316</sup> CHIASSONI. *Tecnica dell'Interpretazione...*, Op. cit., p. 143.

<sup>317</sup> CHIASSONI. *Tecnica dell'Interpretazione...*, Op. cit., p. 144-145.

<sup>318</sup> GUASTINI. *Interpretare...*, Op. cit., p. 413-415.

As teorias ecléticas, para Chiassoni pressupõem que a interpretação textual seria uma atividade cognitiva para os casos claros, em que o intérprete pode atribuir a uma dada disposição um significado idôneo a solucionar uma determinada questão jurídica, seja com base à luz de regras sintáticas e semânticas à luz das quais as palavras da disposição assumem um significado preciso, ou a partir do reconhecimento de uma inequívoca vontade do legislador histórico.

Por outro lado, seria admitido que nos casos difíceis (*hard cases*), há uma escolha entre os vários significados divergentes possíveis, ou o próprio intérprete estipularia as regras semânticas que permitem dar à disposição um significado claro. Nesse caso, ele verdadeiramente criaria o significado da disposição, escolhendo aquele significado que deve prevalecer em detrimento de outros igualmente possíveis<sup>319</sup>.

É preciso distinguir, assim como se fez quanto ao ceticismo, duas variantes das teorias ecléticas. Como diz Guastini<sup>320</sup>, a primeira delas parte da diferenciação entre um núcleo de significado estável e comumente aceitável de todas as disposições normativas e uma zona de penumbra, de incerteza, o que emerge diante da interpretação em concreto.

A segunda variante, por sua vez, não distingue entre casos fáceis e difíceis, mas sim entre textos claros e unívocos, de um lado, e equívocos e obscuros, de outro.

Independente de sua versão, a crítica cética às teorias ecléticas diz respeito ao fato de que constituiriam nada além de uma mascarada forma de cognitivismo, mesmo em sua forma mais refinada. Isso pois seria possível extrair dela uma fidelidade passiva à lei, de colorido formalista, ainda que limitada aos casos fáceis.

Assim, ao defender que os planos funcionam como razões excludentes e que tem a função de reduzir os custos deliberativos seria possível ver uma aproximação da teoria do direito como planejamento com as teorias ecléticas, principalmente pelo fato de Shapiro seguir a diferenciação de Hart entre raciocínio jurídico e tomada da decisão judicial.

Porém a própria visão de Hart não pode ser considerada puramente semântica, nem conduz necessariamente a uma concepção formalista da

---

<sup>319</sup> CHIASSONI. *Tecnica dell'Interpretazione...*, Op. cit., p. 146.

<sup>320</sup> GUASTINI. *Interpretare...*, Op. cit., p. 415-418.

interpretação<sup>321</sup>. Não é por outra razão que a teoria metainterpretativa do direito como planejamento busca, mais do que apresentar uma solução puramente conceitual, um método que se liga diretamente com a economia da confiança de um sistema jurídico concreto.

Assim, é certo que se as teorias não cognitivistas (ceticismo/realismo) evidenciam a necessidade de um discurso justificador das premissas adotadas, do mesmo modo, ao adotar um modelo de interpretação de variados planos que se inter-relacionam, a justificação também é imprescindível para que esses possam efetivamente cumprir com a sua função.

Os planos, lembre-se, devem ser de "conhecimento comum", o que evidencia a necessidade de que se deixe clara e fundamentada a sua aplicação, ainda que não se reabra a deliberação sobre os seus méritos.

Muito mais do que buscar defender as teorias céticas ou ecléticas como a visão correta sobre a interpretação, passa a ser mais importante a identificação de quando efetivamente se está diante de uma situação que emerge nas circunstâncias da juridicidade que já é, ou não, solucionada por algum dos planos presentes no sistema. Ou, ainda, que possa ser encontrada, de modo justificado, a partir da inter-relação não necessariamente evidente entre esses, o que surgirá em uma situação de decisão.

Ou seja, é preciso compreender adequadamente o que se pode denominar como teoria eclética, a partir de seu necessário distanciamento do cognitivismo e do formalismo.

---

<sup>321</sup> O ponto pode ser visto já na crítica formulada por Fuller a Hart, pois em sua visão o positivismo não conseguiria observar a necessidade de interpretação teleológica e não apenas linguística dos dispositivos normativos. Isso necessariamente afetaria a análise "do que o direito é" com elementos deontológicos, de modo que para ser fiel à separação entre fatos jurídicos e morais, teria necessariamente que se adotar abordagens textualistas ou literais quanto à interpretação. A crítica pode ser vista em FULLER, Lon L., *Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart*, **Harvard Law Review**, [S.l.], V. 71, No. 4, p. 630-672, Fev. 1958. Shapiro explica a falácia dessa objeção da seguinte forma: "An inquiry into the purpose or policy behind a legislative text need not be an analysis of the way the law ought to be. It may be an investigation into a social fact. (...) The policies of the rule, in other words, need not be those that are judged to be the morally the best ones (...) These purposes have social sources and hence possess the appropriate positivistic pedigree. Indeed, Hart relaxed his position in response to Fuller's objections, accepting that a system's norms of interpretation might require the purposive interpretation of certain texts. The core of a general term would be determined in these cases not solely by linguistic norms, but rather by the purpose the rule is supposed to serve. (...) Hart thought it a contingent matter whether a legal system opted for a purposive or more strictly textualist approach. The determination of a legal system's interpretive methodology, of course, is itself a matter of social fact". SHAPIRO. **Legality**, Op. cit., p. 253-254.

Como propõe a teoria do direito como planejamento, deve-se evitar reabrir sob a rubrica da interpretação, a disputa moral que se buscou solucionar mediante a adoção de um sistema de planejamento jurídico.

Nesse sentido, mais adiante no trabalho, ao se tratar especificamente da motivação a partir do precedente, será apresentada a posição pragmaticamente orientada de Jerzy Wróblewski, que permitirá compreender o sentido da interpretação operativa, bem como a diferenciação entre situações de isomorfia e situações de interpretação<sup>322</sup>.

De toda sorte, é possível ver uma série de características do sistema jurídico brasileiro que apontam claramente para a inevitabilidade da interpretação, para o desenvolvimento incremental do direito, em uma situação em que os poderes colaboram entre si (ainda que hajam disputas concretas entre eles) para a implementação do projeto constitucional. Isso abre espaço para a compreensão institucional do próprio judiciário e a justificação da adoção de um sistema de precedentes.

Essas mudanças estão ligadas, em grande parte, à passagem do modelo de estado de direito liberal para o estado de direito constitucional e a expansão da jurisdição constitucional<sup>323</sup>.

No que se refere à jurisdição, podem ser frisados alguns elementos que se consubstanciam na própria ideia de devido processo legal (assegurado no art. 5º, LIV, da Constituição).

Ele é em grande parte especificado pelo próprio corpo do texto constitucional, em que se estabelece uma série de garantias e de elementos que permitem que efetivamente se implemente o plano mestre constitucional. Este, por sua vez, se pauta fundamentalmente nos pilares da dignidade humana e da segurança

---

<sup>322</sup> Sobre as situações de interpretação e isomorfia: "(...) tanto a *situação de dúvida (situação de interpretação)* quanto a *situação de isomorfia* depende de atos concretos de comunicação, não podendo ser consideradas *in abstracto*: o mesmo texto é claro ou dúbio segundo os contextos concretos do seu uso; a clareza (isomorfia), destarte, é noção pragmática, comprometida com alguns caracteres semânticos da linguagem jurídica". GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. (2002) 4ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 75.

<sup>323</sup> Sobre o ponto, ver, entre outros: MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. (2006). 8ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 40-89, FIORAVANTI, Maurizio. **Costituzionalismo: Percorsi della Storia e Tendenze Attuali**. Roma: Laterza, 2009, p. 105-133, Sobre a expansão da jurisdição constitucional no segundo pós-guerra, CAPPELLETTI, Mauro. Repudiating Montesquieu: The Expansion and Legitimacy of "Constitutional Justice", **Revista de la Facultad de Derecho de México**, Ciudad de Mexico, V. 148/150, [S.I.], p. 35-66, jul/dez. 1986.



jurídica<sup>324</sup>, enquanto fundamentos da ordem constitucional, tal qual delineado logo de partida no artigo inaugural da Constituição.

Bem por isso, de forma analítica pode-se afirmar que: o próprio processo está estruturado de modo a fazer valer o princípio da igualdade (art. 5º, I), com amplo e inafastável acesso aos tribunais (XXXV), mediante um debate que deve permitir o escrutínio público (LX), em que se assegura o contraditório e a ampla defesa (LV), perante um juiz natural (XXXVII), que não pode durar por um tempo desarrazoado (LXXVIII), nem fazer uso de instrumentos ilegítimos em matéria probatória, que quebrariam a confiança dos sujeitos em reação ao plano mestre constitucional (LVI), desenvolvendo-se em conformidade com a boa-fé e mediante decisões que devem ser adequadamente motivadas (art. 93, IX), possuindo aptidão para tornar imutável e indiscutível a solução do conflito mediante a coisa julgada (art. 5º, XXXVI).

Essas características e competências permitem ver o judiciário como um órgão idôneo a que se confiou o próprio constituinte elementos para poder cumprir as promessas do reconhecimento dos direitos fundamentais e da força normativa da Constituição, bem como da eficácia direta, imediata e irradiante destes<sup>325</sup>.

A partir da ideia de força normativa impõe-se não apenas a reinterpretação, mas a verdadeira filtragem constitucional de toda a ordem jurídica infraconstitucional<sup>326</sup>, que deve ser lida à luz dos mandamentos constitucionais. Ressalte-se, ademais, ao lado dessa imposição hermenêutica, a previsão do controle de constitucionalidade das leis, do qual estão investidos todos os juízes.

Adota-se no sistema brasileiro um modelo de controle de constitucionalidade que combina, a um só tempo, a possibilidade de a questão constitucional ser decidida incidentalmente no bojo de qualquer processo e caso concreto posto à

<sup>324</sup> Sobre a segurança jurídica remete-se o leitor para ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica: Entre Permanência, Mudança e Realização no Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros, 2011. Especificamente sobre o aspecto material da segurança jurídica de acordo com a Constituição de 1988, implicando as ideias de cognoscibilidade, confiabilidade, calculabilidade e harmoniosa composição entre atividades semânticas e argumentativas a partir da hermenêutica, ver em especial p. 250-254.

<sup>325</sup> Para visão aprofundada sobre o assunto, remete-se o leitor para: SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

<sup>326</sup> Sobre a interpretação de acordo com a constituição ver SORRENTI, Giusi. La Costituzione "Sottintesa". In: **Corte Costituzionale, Giudici Comuni e Interpretazioni Adeguatrici**: Atti del Seminario Svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, 6 Novembre 2009. Milano: Giuffrè Editore, 2010. p. 3-96. Ver também, apesar dos diferentes pressupostos adotados em relação ao presente trabalho, a obra de SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem Constitucional: Construindo uma Nova Dogmática Jurídica**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999.

apreciação do judiciário como questão prejudicial à análise do mérito, bem como a existência de ações cuja questão principal diz respeito à constitucionalidade da lei, de competência do Supremo Tribunal Federal<sup>327</sup> e dos Tribunais de Justiça, quanto ao direito estadual.

Ressalte-se, por outro lado, que a necessidade de adoção de precedentes diante de um sistema de controle difuso de constitucionalidade em países inseridos na *civil law* foi percebida teoria comparatista já no final da década de 1960, em especial nas reflexões realizadas por Mauro Cappelletti<sup>328</sup>.

De qualquer sorte, é preciso ver que tais mudanças mostram que mais do que uma estrita separação entre os poderes, está-se diante da ideia de colaboração entre poderes, mesmo que essa relação não se dê sem quaisquer turbulências e possa haver ocasionalmente embates institucionais<sup>329</sup>.

<sup>327</sup> Sobre o controle de constitucionalidade no direito brasileiro, ver: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 707-1200, BARROSO, Luís Roberto. **O controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro: Exposição Sistemática da Doutrina e Análise Crítica da Jurisprudência**. (2003) 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

<sup>328</sup> "No método do controle 'difuso' de constitucionalidade – no denominado método 'americano', em suma – todos os órgãos judiciários, inferiores ou superiores, federais ou estaduais, têm, como foi dito, o poder e o dever de não aplicar as leis inconstitucionais aos casos concretos submetidos a seu julgamento. Experimentemos então imaginar, como hipótese de trabalho – uma hipótese que, de resto, foi tornada realidade, como já se referiu, em alguns Países, ou seja, na Noruega Dinamarca, Suécia, Suíça, e foi posta em prática, por poucos anos, também na Alemanha e na Itália – a introdução deste método 'difuso' de controle nos sistemas denominados de *civil law*, ou seja, de derivação romanística, em que não existe o princípio, típico dos sistemas de *common law*, do 'stare decisis'. Pois bem, a introdução, nos sistemas de *civil law*, do método 'americano' de controle, levaria à consequência de que uma mesma lei ou disposição de lei poderia não ser aplicada, porque julgada inconstitucional, por alguns juízes, enquanto poderia, ao invés, ser aplicada, porque não julgada em contraste com a Constituição, por outros. Demais, poderia acontecer que o mesmo órgão judiciário que, ontem, não tinha aplicado uma determinada lei, ao contrário, a aplique hoje, tendo mudado de opinião sobre o problema de sua ilegitimidade constitucional. Poderiam, certamente, formar-se verdadeiros 'contrastes de tendências' entre órgãos judiciários de tipo diverso – que se manifestam, por exemplo, em perigosos contrastes entre os órgãos da justiça ordinária e os da justiça administrativa, - ou entre órgãos judiciários de diverso grau: por exemplo, uma maior inclinação dos órgãos judiciários inferiores, compostos usualmente de juízes mais jovens, e portanto, menos ligados a um certo passado, a declarar a inconstitucionalidade de leis que os juízes superiores (e mais velhos) tendem, ao contrário, a julgar válidas, como, exatamente, se verificou com notoriedade na Itália, no período de 1948-1956, e como, pelo que leio, continua a se verificar, de maneira impressionante, no Japão. A consequência, extremamente perigosa, de tudo isto, poderia ser uma grave situação de conflito entre órgãos e de incerteza do direito, situação perniciosa quer para os indivíduos como para a coletividade e o Estado. Tampouco a não aplicação, mesmo reiterada, de uma lei por parte do órgão supremo da justiça poderia impedir o comportamento contrário de qualquer outro órgão do ordenamento judiciário, nem, muito menos, uma mudança de opinião do órgão supremo". CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**. (1968) Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999. p. 76-78.

<sup>329</sup> Como lembra Luís Roberto Barroso, em pelo menos três ocasiões o Congresso Nacional aprovou emendas constitucionais para superar o entendimento anterior do Supremo Tribunal Federal: "No Brasil, sob a Constituição de 1988, isso aconteceu, por exemplo, com a EC n. 19/98 (relativamente à

É necessário, porém, inclusive para que haja recíproca controlabilidade e diálogo e compreensão mútua que cada um deles fale com uma "uma só voz". Nesse sentido é que se pode ver a importância que os planos e subplanos construídos pelo Poder Judiciário sejam compreendidos à luz do instrumento do precedente.

Mas não só isso: a teoria do direito como planejamento também permite que se constate como é possível que os planos sejam aplicados sem reabrir as questões que buscaram resolver quando ao seu mérito, o que tem particular relevância quando se pensa na latitude do poder de controle de constitucionalidade, por exemplo, distribuído a todos os juízes.

Ademais, as mudanças pelas quais passou o direito brasileiro nos últimos anos, em especial pelo reconhecimento da força normativa da constituição, evidenciaram também a confiança depositada no Poder Judiciário no que se refere à própria reconstrução contemporânea do direito privado e a técnica legislativa infraconstitucional.

Trata-se de processo que tem como norte a imbricação entre Constituição como novo axiológico do sistema e, por exemplo, o Código Civil, bem como o desenvolvimento dos chamados microssistemas legislativos<sup>330</sup>, já tendo se falado, inclusive, na idade da decodificação<sup>331</sup>.

Se esta última não chegou, certo é que o próprio código e a ideia de codificação passaram por inegáveis e significativas mudanças. Não mais

---

inclusão de vantagens pessoais no limite máximo de remuneração dos servidores públicos), com a EC n. 29/2000 (relativamente à admissibilidade de IPTU progressivo) e a EC n. 39/2002 (relativamente à cobrança, por Municípios e Distrito Federal, de contribuição para o custeio de iluminação pública)". BARROSO. **O controle de constitucionalidade...**, Op. cit., Capítulo I, item VII, subitem 3.2.5. Mais recentemente houve embate quanto aos próprios poderes do Supremo Tribunal Federal e do Congresso Nacional, que pode ser considerado a partir de dois diferentes turnos de fala a partir da disputa sobre o artigo 52, X, da Constituição. De um lado o julgamento da Reclamação 4.335/AC pelo Supremo, de outro a Proposta de Emenda à Constituição 33/2011, que buscava condicionar o efeito vinculante das chamadas súmulas vinculantes do Supremo Tribunal Federal à aprovação pelo Poder Legislativo, bem como limitar o poder de controle de constitucionalidade material de emendas à Constituição pelo Supremo Tribunal Federal.

<sup>330</sup> Entre outros, ver: LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da Decisão Judicial: Fundamentos de Direito**. (2005) 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 39-68; MARQUES, Claudia Lima (Coord.). **Diálogo das Fontes: do Conflito à Coordenação de Normas do Direito Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

<sup>331</sup> IRTI, Natalino. **L'Età della Decodificazione**. (1978). 4ª Ed. Milão: Giuffrè, 1999.

correspondem à ideologia do modelo oitocentista de grandes marcos regulatórios que racionalmente abarcassem, a partir da técnica casuística, toda a realidade.

Nesse contexto, as cláusulas gerais assumiram o papel da técnica legislativa que permitiu à lei dar concreção ao plano mestre constitucional, assumindo as características da proximidade com a realidade e atenção às particularidades das situações concretamente reguladas.

Como explica Judith Martins Costa, tem-se privilegiado normas que fogem ao padrão tradicional, "não mais enucleando-se na definição, a mais perfeita possível, de certos pressupostos e na correlata indicação punctual e pormenorizada de suas consequências"<sup>332</sup>.

Isso não significa o total abandono da técnica casuística, mas que a esta última adiciona-se a técnica aberta, exemplificada pelas cláusulas gerais que visam dar a necessária dinamicidade ao sistema.

Dotadas de uma "grande abertura semântica, não pretendem as cláusulas gerais dar, previamente, resposta a todos os problemas da realidade, uma vez que essas respostas são progressivamente construídas pela jurisprudência". São, na realidade, disposições normativas em que se "utiliza, no seu enunciado, uma linguagem de tessitura intencionalmente 'aberta', 'fluida' ou 'vaga'", direcionada ao juiz de modo que, diante do caso concreto, "complemente ou desenvolva normas jurídicas".<sup>333</sup>

Como explica a professora Martins-Costa, esse tipo de técnica pressupõe uma importante resignificação do papel do juiz. Deve sim o julgador ser considerado boca da lei, mas não por reproduzir, qual um ventríloquo, as palavras da lei, mas sim "porque atribui a sua voz à dicção legislativa, tornando-a, enfim e então, audível em todo o seu múltiplo e variável alcance".<sup>334</sup>

Essa voz, porém, não é um grito arbitrário, pois as cláusulas gerais levam o juiz intérprete e aplicador a determinadas pautas de valoração do caso concreto que ou bem já estão indicadas no sistema (em outros planos), ou possuem uma estrutura assemelhada a plano, ou seja, vigem no ambiente social.

---

<sup>332</sup> MARTINS-COSTA, Judith. O Direito Privado como um "Sistema em Construção": as Cláusulas Gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro, **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, V. 35, No. 139, p. 5-22, jul./set., 1998. p. 7.

<sup>333</sup> MARTINS-COSTA. O Direito Privado como..., Op. cit., p. 8.

<sup>334</sup> MARTINS-COSTA. O Direito Privado como..., Op. cit., p. 9.

Perceba-se, aqui também, que ambas são situações que a teoria do direito como planejamento consegue satisfatoriamente explicar.

As cláusulas gerais, dessa forma, desempenham no sistema uma dupla função que demonstra a confiança no judiciário, uma vez que a um só tempo, são tanto individualizadoras quanto generalizadoras, permitindo a reconstrução de respostas adequadas para atender às especificidades fáticas determinadas.

Bem por isso, "a incompletude das normas insertas em cláusulas gerais significa que, não possuindo uma *fattispecie* autônoma, carecem ser progressivamente formadas pela jurisprudência, sob pena de restarem emudecidas e inúteis"<sup>335</sup>.

Por fim, a própria estruturação hierárquica do judiciário, indica a particular economia de confiança do sistema em relação a esse poder. Como bem explica Daniel Mitidiero, o ponto central para uma adequada organização de um sistema de cortes está ligado à função que devem desempenhar dentro de uma determinada ordem jurídica.

Assim tem-se mais um elemento que lança luz sobre o plano mestre constitucional para o Poder Judiciário, tanto a partir de sua estrutura, quanto das garantias institucionais construídas para que possa implementar adequadamente suas funções<sup>336</sup>.

Ou seja, cabe perquirir se devem todas as cortes promover, ao mesmo tempo, a tutela dos direitos (discurso voltado às partes) e à formação do precedente (discurso voltado para a sociedade em geral).

Por isso propõe o autor como solução a distinção entre Cortes de Justiça e Cortes de Precedentes:

A solução que melhor atende à necessidade de economia processual e tempestividade da tutela jurisdicional é a que partilha a tutela dos direitos em dois níveis judiciais distintos, correspondentes às duas dimensões da tutela dos direitos. O ideal é que apenas determinadas cortes sejam vocacionadas à prolação de uma decisão justa e que outras cuidem tão somente da formação de precedentes. (...) É claro que, em ambos os níveis, o material com que trabalham os juízes é muito semelhante - o processo civil, sendo meio para a tutela dos direitos, depende sempre da afirmação

---

<sup>335</sup> MARTINS-COSTA. O Direito Privado como..., Op. cit., p. 9.

<sup>336</sup> A regulação está ligada tanto aos dispositivos previstos no Capítulo III, Seções I a VIII, do Título IV da Constituição, que trata da organização dos poderes, quanto nas várias garantias e direitos fundamentais delineadores do justo processo, ou seja, do devido processo legal.

de um caso sobre o qual discordam as partes a respeito da adequada solução. A distinção se estabelece, porém, nas diferentes maneiras que os casos *ganham relevo e colocam-se no influxo* das atividades das cortes. Quando a corte está pré-ordenada para tutela dos direitos mediante decisão justa, a *interpretação normativa é meio* para obtenção do *fim justa decisão do caso*. Do contrário, quando está direcionada para tutela do direito mediante precedente, *o caso concreto é apenas um meio* - um verdadeiro 'pretesto' - para *formulação da adequada interpretação das normas nele envolvidas*. E são justamente essas *diferentes direções* que podem ser estabelecidas entre o caso e suas dimensões fático-normativas que justificam a divisão de tarefas entre as Cortes de Justiça e as Cortes de Precedentes<sup>337</sup>.

Corrobora essa compreensão a competência constitucional das duas principais cortes supremas brasileiras, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça.

Dentre outras e ressaltando aquelas que aqui particularmente interessam, a função dessas cortes diz respeito, respectivamente, à guarda da Constituição e, pode-se dizer, à guarda da interpretação da legislação federal, cabendo-lhes julgar, mediante recurso extraordinário e especial, as causas decididas em única ou última instância decididas por diferentes órgãos jurisdicionais<sup>338</sup> (art. 102, III, e art. 105, III, da Constituição).

Da leitura do dispositivo constitucional e da menção a "causas decididas", esclarece Mitidiero o equívoco que comumente se vê ao tratar da operação dessas cortes, pois não há, a rigor, qualquer vedação constitucional para que ambas examinem fatos ao tratar dos recursos a ela direcionados, tendo em vista que na própria noção de causa decidida misturam-se e implicam-se elementos fático-jurídicos<sup>339</sup>.

O que não podem as cortes fazer é reexaminar a prova produzida nos autos, as revalorando. Ou seja, devem as questões ser apreciadas tendo admitindo os fatos tal como estabelecidos no discurso justificativo-probatório presente na motivação da decisão recorrida. As súmulas 279<sup>340</sup> do Supremo Tribunal Federal e

<sup>337</sup> MITIDIERO. **Cortes Superiores...**, Op. cit., p. 30-32.

<sup>338</sup> É preciso notar que no que diz respeito ao Superior Tribunal de Justiça a decisão de última ou única instância passível recurso especial deve ter sido prolatada por outra corte, e não apenas outro juízo, ou seja, por Tribunal de Justiça ou Regional Federal.

<sup>339</sup> MITIDIERO. **Cortes Superiores...**, Op. cit., p. 90-91.

<sup>340</sup> "Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário".

7<sup>341</sup> do Superior Tribunal de Justiça não vedam que, para decidir, sejam tomados em consideração fatos, o que é importante para se compreender como se opera o discurso de formação do precedente.

Esse esclarecimento é de crucial importância porque para poderem bem atuar como cortes de precedentes devem levar em consideração a realidade fática, ou melhor, o discurso processual de reconstrução da realidade fática subjacente ao caso em análise para que se possa compreender a interpretação operativa (reconstrução de sentido) levada a cabo pelo judiciário.

E é essa última que é potencialmente replicável, como postulado das funções que foram atribuídas a essas cortes supremas.

Quanto à sua competência e a relação travada inclusive entre elas, certa a conclusão de Daniel Mitidiero:

Isso quer dizer duas coisas: a primeira, que o Supremo Tribunal Federal deve acatar a interpretação dada à legislação infraconstitucional federal pelo Superior Tribunal de Justiça, ressalvadas as hipóteses em que a legislação infraconstitucional federal se encontre sob controle de constitucionalidade. Isto é, quem tem competência para dar a última palavra sobre o sentido com que deve ser entendida a legislação infraconstitucional federal é o Superior Tribunal de Justiça. Dito de outro modo, o Superior Tribunal de Justiça é a Corte Suprema da guarda da legislação infraconstitucional federal brasileira. A segunda, é que o Superior Tribunal de Justiça deve não só acatar a interpretação dada à Constituição pelo Supremo Tribunal Federal, mas também não deve realizar controle de constitucionalidade da legislação. É que a Corte Suprema de guarda da Constituição é o Supremo Tribunal Federal, sendo o Supremo Tribunal Federal a corte responsável por formar precedentes a respeito do sentido que deve ser outorgado à Constituição e, muito especialmente, a respeito da constitucionalidade da legislação federal.<sup>342</sup>

Esse ponto é especificamente abordado pelo novo Código de Processo Civil de um modo bastante enriquecedor para o sistema, mostrando que diante da interposição simultânea de recurso especial e extraordinário deve ser adotado procedimento que permita que ambos implementem sua função constitucional, evitando soluções que levariam ao *non liquet* (como a ideia de violação reflexa e indireta ao texto constitucional, o que resultaria, em não raras ocasiões, ao não conhecimento do recurso extraordinário, ou, de outro canto, de não alegada violação

<sup>341</sup> "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial".

<sup>342</sup> MITIDIERO. **Cortes Superiores...**, Op. cit., p. 92.

à constituição pelo acórdão recorrido, que levaria ao não conhecimento do recurso especial)<sup>343</sup>.

Da breve exposição dos elementos acima delineados, é possível perceber que se confia no Poder Judiciário para desenvolver incrementalmente o direito, atuando como instância planejadora. E essa atividade, como se verá, deve ser desempenhada à luz dos precedentes.

### 3.2.2. Visão Panorâmica sobre Precedentes no Novo Código de Processo Civil

O novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), com entrada em vigor em 2016, para muito além da importante declaração estampada logo de início em seu primeiro artigo, dispondo que "o processo será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil", traz ao longo de seus dispositivos elementos que permitem compreender o seu alinhamento às normas fundamentais que compõem o plano mestre constitucional brasileiro para o exercício da jurisdição.

Trata-se de um novo *subplano* que não apenas deixa mais clara a particular economia da confiança do sistema em relação à atividade jurídica do Poder Judiciário, mas reforça o duplo discurso do papel a ser desempenhado pelas cortes.

Ou seja, é possível ver, difundida em suas diversas regras, não apenas uma visão de Poder Judiciário e jurisdição voltada tão somente para a solução dos conflitos concretos mediante a adequada tutela dos direitos, mas também a manifestação de uma atividade que resulta no desenvolvimento incremental do direito.

Protege, assim, a um só tempo, tanto a parte que se socorre da prestação jurisdicional, quanto, mediante o instrumento do precedente, a igualdade e a segurança jurídica imprescindíveis à operação do sistema, com sua adequação às demandas por planejamento, e os seus benefícios, como a calculabilidade e previsibilidade, no seio da plural sociedade contemporânea.

---

<sup>343</sup> Ver mais adiante, no item 3.2.2, as considerações realizadas sobre os artigos 1.032 e 1.033 do novo Código de Processo Civil.



Entre as normas fundamentais do processo sublinhadas no primeiro capítulo do livro que lhe dá abertura, duas em especial se sobressaem e guiam a compreensão dos dispositivos que versam sobre precedentes.

Trata-se, em primeiro lugar, da densificação forte do princípio constitucional do contraditório, previsto no art. 5, LV, da Constituição. Da leitura conjunta dos artigos 7º e 10 do novo Código verifica-se que foi colocada em evidência pelo legislador a necessidade de se assegurar a paridade de tratamento das partes em relação ao seu exercício de direitos e faculdades processuais, restando absolutamente claro o dever de o juiz zelar pelo efetivo contraditório (art. 7º), vedando-se a este decidir com base em fundamento a respeito do qual não se tenha oportunizado às partes prévia manifestação (art. 10)<sup>344</sup>. Isso mesmo diante das matérias das quais o sistema autoriza ao juízo conhecer oficiosamente<sup>345</sup>.

Pode-se ver aqui uma conexão nítida do fundamento de legitimidade do processo judicial como exercício do poder estatal (enquanto atividade jurídica, na linguagem da teoria do direito como planejamento) a partir da ideia de participação.

A ideia básica é de que se deve garantir aos interessados uma participação efetiva no procedimento que vai levar à decisão<sup>346</sup> e, pode-se adicionar, à edição do

---

<sup>344</sup> Sobre o princípio do contraditório forte e sua ligação umbilical com a motivação das decisões ver MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil**: Pressupostos Sociais, Lógicos e Éticos. (2009) 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 149-156.

<sup>345</sup> Esse dever, por outro lado, não é incompatível, por exemplo, com a possibilidade de improcedência liminar do pedido. Ademais, não se pode ignorar que vigoram, quanto à instauração do processo, os princípios da demanda e dispositivo: "Art. 141. O juiz decidirá o mérito nos limites propostos pelas partes, sendo-lhe vedado conhecer de questões não suscitadas a cujo respeito a lei exige iniciativa da parte". Sobre as virtudes passivas da jurisdição, das quais se sobressai a ideia de impossibilidade de instauração oficiosa do processo, de imparcialidade do julgador e de exercício do contraditório, compreendidas como os limites formal-processuais que diferenciam o exercício do poder mediante a jurisdição, do exercício do poder pelos assim chamados ramos políticos (legislativo e judiciário), ver: CAPPELLETTI, Mauro. **Juizes Legisladores?** (1984) Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999. p. 73-81.

<sup>346</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas Linhas do Processo Civil**. (1996) 4ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 252-253. Louvável, dessa forma, a previsão da figura do *amicus curiae* no título referente à intervenção de terceiros. Leva-se em conta não apenas os impactos da decisão do caso sob julgamento, mas também a repercussão social da matéria que, não se pode ignorar, recebe uma nova significação a partir do momento em que se verifica que as decisões provenientes dos tribunais superiores, ou seja, os novos subplanos que se agregam ao plano original, constituem precedentes que devem ser seguidos por todos os membros que compõe o poder judiciário. Dispõe o art. 138 do código que "O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação". Apesar de o seu parágrafo 1º dispor que o *amicus* não pode interpor recurso (salvo embargos de declaração, que passaram a expressamente ser previstos

precedente pelas cortes supremas e que será seguido posteriormente pelos juízes que apresentarão decisões devidamente motivadas a partir dos precedentes.

Em segundo lugar, o art. 11 repete textualmente o previsto no art. 93, IX<sup>347</sup>, da Constituição, dispondo sobre a imperiosidade de fundamentação de todas as decisões judiciais.

A garantia constitucional (e legal) da fundamentação ganha fôlego quando se verifica que, no sistema jurídico brasileiro, há a vedação ao *non linquet*, ou seja, trata-se de sistema que trabalha a partir da inevitabilidade da decisão.

Não pode o julgador deixar de decidir o caso posto à sua apreciação alegando lacuna ou obscuridade<sup>348</sup>. Isso é manifestação direta do princípio da inafastabilidade da jurisdição garantido constitucionalmente (art. 5º, XXXV), constituindo mais um elemento que põe em evidência a atividade planejadora pelo judiciário.

A valorização da importância da fundamentação das decisões, conjugada com a compreensão de contraditório forte, é que lança luz sobre as duas principais inovações do novo código: os vários dispositivos que tratam sobre precedentes e o dispositivo que traça as linhas gerais do que se considera imprescindível para que uma decisão seja devidamente fundamentada (art. 489, parágrafo primeiro).

Sobre os precedentes tem especial relevância o art. 926, que dispõe que os tribunais devem "uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente".

Apesar de uma leitura apressada dos parágrafos do referido artigo indicar que o instrumento para atingir essa finalidade seria tão somente os enunciados da

---

para a defesa da fundamentação analítica da decisão), o parágrafo 3º também excepciona essa vedação em relação às decisões que julguem incidente de resolução de demandas repetitivas.

<sup>347</sup> Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: (...) IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

<sup>348</sup> Art. 140. O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico. Parágrafo único. O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei.

súmula dos tribunais<sup>349</sup>, é absolutamente claro que precedente não se restringe às chamadas súmulas, nem tampouco se confunde com jurisprudência.<sup>350</sup>

Para o código (art. 927), os juízes devem necessariamente observar "as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade" (I), "os enunciados de súmula vinculante" (II), "os acórdãos em incidente de assunção de competência"<sup>351</sup> ou de resolução de demandas repetitivas

<sup>349</sup> O que se poderia concluir pois dispõe logo em seguida que as cortes editarão as súmulas de modo a corresponder à sua jurisprudência dominante (§1º), devendo, para tanto, ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação (§2º).

<sup>350</sup> A distinção entre precedente, jurisprudência e súmula parece fundada, para o código, na ideia de que a súmula seria a cristalização da norma jurídica ou de sua construção a partir da interpretação de um, ou mais de um, enunciado ou texto normativo, a partir de diferentes casos que já tivessem sido apreciados pelo judiciário (jurisprudência). A jurisprudência pacificada seria o conjunto de casos decididos em um mesmo determinado sentido, ou seja, com uma similar fundamentação. O termo precedente parece reservado, por outro lado, para os próprios casos julgados que, por si só e independente de qualquer reiteração, permitiriam que deles se extraia o seu núcleo de vinculação, a norma reconstruída a partir da interpretação operativa neles realizada e universalizável. De qualquer sorte, não há um ganho de compreensão ou de operacionalidade do sistema ao abordar as normas jurídicas reconstruídas pelo judiciário mediante diferentes rubricas. A operação com a norma jurídica (plano jurídico) reconstruído mediante a interpretação operativa (tema que será visto com mais vagar), será tratada, nestas reflexões, de maneira geral sob a rubrica precedente, aproximando-se a ideia de norma jurídica reconstruída com a noção de *ratio decidendi* ou *holding*, ou seja, os fundamentos da norma *reconstruída* que possuem eficácia vinculante.

<sup>351</sup> O incidente de assunção de competência (art. 947), por sua vez, foi pensado para os casos em que se faz presente relevante questão de direito, ou seja, que possui grande repercussão social, porém que ainda não se repetiu em múltiplos processos. É aplicável, na linguagem utilizada pelo código, quando conveniente a prevenção ou composição de divergência entre câmaras ou turmas do tribunal (§ 4º). Esse mecanismo pode ser criticado pela possibilidade de ser interpretado de modo a fazer tabula rasa dos precedentes de uma Corte Suprema, como o Superior Tribunal de Justiça, quando inexistir divergência interna e, ao mesmo tempo, não tenha ainda a corte editado súmula. Não compreender a força de precedente desses julgados, o que, curiosamente, o código também faz ao tratar do julgamento dos embargos de divergência (arts. 1.043 e 1.044), vai na contramão da economia da confiança e a operabilidade do sistema de precedentes. Assim, mais do que ler as hipóteses previstas no art. 927 como um rol taxativo, deve-se atentar para a função efetivamente desempenhada pelas cortes dentro do sistema de distribuição de justiça e para a hierarquia entre essas. Ademais, vale ressaltar o importante alerta feito por Marinoni, ao tratar especificamente da função de desenvolvimento do direito desempenhada pelo STJ: "Note-se que não são apenas as questões federais que se ligam a violações em massa, e assim podem gerar múltiplas ações, que reclamam uma definição de sentido por parte do Superior Tribunal de Justiça. Também as questões pontuais, mas que são relevantes para a orientação dos cidadãos e para a estabilização das relações jurídicas, necessitam ser definidas pela Suprema Corte. A circunstância de uma questão federal não estar relacionada a atos ou condutas que possam gerar múltiplas violações ou danos está longe de significar que ela não possa se inserir no cotidiano das pessoas e, portanto, constituir uma questão federal relevante ou transcendente. É certamente equivocado supor que uma Suprema Corte deve atuar apenas para resolver questões de direito que podem se repetir ou multiplicar, como se a sua tarefa fosse simplesmente reduzir a massa dos casos apresentados ao Judiciário. A definição judicial das questões federais tem importância muito maior. As decisões da Suprema Corte não impacta apenas os casos judiciais, mas, antes de tudo, a própria vida em sociedade, constituindo-se a base para os homens e as empresas se comportarem num Estado de Direito. MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto Corte de Precedentes**: Recompreensão do Sistema Processual da Corte Suprema. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 152-153.

e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos"<sup>352</sup> (III), "os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional" (IV) e "a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados" (V).

Ainda nesse mesmo artigo, sem descuidar da necessidade do contraditório forte e da legitimação pela participação, previu-se a possibilidade de realização de audiências públicas quando da rediscussão das teses que já foram anteriormente fixadas<sup>353</sup>, bem como a possibilidade de modulação dos efeitos da decisão que altera o precedente, enunciado de súmula ou jurisprudência pacificada, visando tutelar, a um só tempo, os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia<sup>354</sup>.

Pode-se compreender esses instrumentos, portanto, como um mecanismo a mais para proteção da estabilidade dos planos reconstruídos incrementalmente pela atividade jurídica levada a cabo pelo Poder Judiciário.

Como visto anteriormente, para que se possa falar em um plano compartilhado é necessário que ele seja de conhecimento comum (os agentes que operam no sistema devem saber que compartilham o mesmo plano). Isso de modo a permitir que aqueles sujeitos ao plano, por exemplo, não façam uso de instrumentos fraudulentos que minariam a relação de confiança e cooperação construída pelo próprio plano, o que tornaria insustentável a vida em sociedade e a realização das atividades compartilhadas.

Bem por isso, o §5º do art. 927 dispõe que os tribunais devem dar publicidade aos seus precedentes, organizando-os por questão jurídica, devendo, preferencialmente, ser divulgados na rede mundial de computadores.

---

<sup>352</sup> É importante frisar, ainda, que os precedentes nesses casos, podem ter por objeto tanto questões de direito material quanto processual, conforme dispõe o art. 928, parágrafo único.

<sup>353</sup> §2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

<sup>354</sup> §3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica; e §4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

No mesmo sentido, o art. 979 e seus parágrafos, apesar de inserido no capítulo que trata do incidente de resolução de demandas repetitivas, é plenamente aplicável ao julgamento dos recursos repetitivos e à repercussão geral em recurso extraordinário (§3º), estabelecendo critérios ainda mais específicos para implementar o critério da publicidade dos precedentes.

Determina o dispositivo que será mantido pelo Conselho Nacional de Justiça um cadastro, em meio eletrônico, em que constarão as teses jurídicas decididas. Este deve conter, no mínimo, os fundamentos determinantes da decisão e os dispositivos normativos a ela relacionados.

Ou seja, o cadastro conterá o subplano construído pelo Poder Judiciário sob a rubrica da interpretação e da inter-relação entre os planos (dispositivos normativos a ela relacionados) que são aplicáveis à hipótese, àquele contexto.

De todo modo, para além da questão da publicidade, há regra específica, prevista no §1º do art. 927 estabelecendo que os juízes, ao julgarem com fundamento naquele artigo, devem observar o mencionado art. 10, que prevê que se deve oportunizar às partes o direito de manifestação antes de decidir, bem como o disposto no art. 489, § 1º, que traz os elementos imprescindíveis à fundamentação das decisões.

A importância do art. 489 permite que se diga, desde já, que muito provavelmente constitui a principal inovação do novo código e a regulação mais central no que diz respeito aos precedentes, uma vez que é responsável por guiar o processo de modo a permitir a construção, identificação e operação com o precedente firmado.

A própria estruturação do *iter* processual pelo código indica um discurso voltado à delimitação dos planos construídos incrementalmente pelo judiciário (precedentes), ao lado da decisão do caso (elemento protegido pela coisa julgada que é considerada a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso, conforme dispõe o art. 502).

Isso pode ser constatado no cuidado da delimitação do contraditório forte que será travado no bojo da relação jurídica processual, o que se verifica desde a decisão de saneamento do processo prevista no art. 357 – em que se deixa nítido a imprescindibilidade de serem delimitadas não apenas as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória (inciso II), mas também as questões de direito

relevantes para a decisão do mérito (inciso IV) – até o regramento dos recursos especial e extraordinário<sup>355</sup>.

Quando trata dos recursos especial e do extraordinário repetitivos tem-se para o código que os recursos representativos da controvérsia devem conter abrangente argumentação e discussão a respeito a questão a ser decidida (art. 1.036, §6º), bem como que o relator no tribunal superior deve necessariamente identificar com precisão a questão a ser submetida a julgamento (art. 1.037, I), sendo expressamente vedado ao órgão colegiado decidir questão não delimitada (§2º). Nesse sentido, impõe ainda o artigo 1.038 que o conteúdo do acórdão abrangerá a análise de todos os fundamentos da tese jurídica discutida, sejam eles a ela favoráveis ou contrários (§3º).

Subjacente aos dispositivos analisados até o momento, há uma preocupação com a interpretação operativa do direito e a formação do precedente, o que é essencial para que se possa identificá-lo e, ao mesmo tempo, permitirá ao julgador subsequente fundamentar sua decisão a partir do precedente.

Dispõe o art. 489 em seu parágrafo primeiro que não se considera fundamentada qualquer decisão judicial (seja ela interlocutória, sentença ou acórdão) que: "se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida" (I), ou seja, não explicitar a adequação da incidência da norma jurídica à hipótese fática concreta delineada no discurso justificativo probatório; "empregar conceitos jurídicos

---

<sup>355</sup> Digna de nota quanto ao regramento geral desses recursos é a impossibilidade de se deixar de admitir recurso especial fundado na divergência jurisprudencial com base em argumento genérico de que as circunstâncias fáticas são diferentes sem demonstrar a existência de distinção (art. 1.029, §2º), bem como solução adotada para se evitar o *non liquet* em razão das diferentes competências das cortes supremas. O código determina que deve o relator no Superior Tribunal de Justiça, ao verificar que o recurso especial versa sobre questão constitucional, conceder à parte prazo de quinze dias para demonstrar a existência de repercussão geral e manifestar-se sobre a questão constitucional (art. 1.032), remetendo-o ao Supremo Tribunal Federal. De outro canto, dispõe que se a ofensa à Constituição afirmada no recurso extraordinário for considerada reflexa, o recurso será remetido ao Superior Tribunal de Justiça para julgamento como recurso especial (art. 1.033). Do mesmo modo, o regramento do julgamento dos recursos de agravo referentes às decisões relacionadas aos recursos especial e extraordinário que ainda competem aos presidentes e vice-presidentes de tribunais locais deve ser pontuada. Essas decisões locais referem-se especialmente ao sobrestamento diante de recursos repetitivos, à inadmissibilidade por intempestividade de recurso sobrestado, bem como à negativa de seguimento dos recursos especial e extraordinário até então sobrestados, quando a decisão recorrida coincidir com a orientação do tribunal superior. Sob pena de não conhecimento do agravo interposto diante dessas decisões, reza o código que incumbe ao agravante demonstrar a distinção entre o caso em análise e o precedente invocado (art. 1.042, §1º, II), deixando, uma vez mais, a importância da fundamentação e da motivação a partir do precedente em evidência.

indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso" (II), portanto, não proceder à adequada reconstrução dos elementos operativos do conceito aplicado à luz das especificidades dos elementos do caso; "invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão" (III), que nada mais é do que não justificar, uma vez que não se apresenta efetiva solução para as questões fáticas e jurídicas controvertidas; e "não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador" (IV).

Esses elementos por si só já apontariam para a necessidade de uma definição mais clara sobre o como se operar com os planos e subplanos judiciais. Basta para tanto pensar no ganho que se tem ao se delinear paulatinamente, mediante uma formação incremental, os elementos do suporte fático das cláusulas gerais ou dos assim chamados "conceitos jurídicos indeterminados".

A definição mais clara dessa operação está presente nos incisos V e VI do próprio parágrafo primeiro do artigo 489.

Trata-se de dois elementos correlacionados, dispondo, de um lado, que não se considera fundamentada decisão que se limita a invocar precedente ou enunciado de súmula sem que se identifiquem os seus fundamentos determinantes, ou seja, a sua *ratio decidendi* ou *holding*, ou demonstrar que o caso se adéqua àqueles (V). De outro canto, considera-se que não será fundamentada decisão que simplesmente deixar de seguir precedente, enunciado de súmula ou jurisprudência devidamente invocado pela parte – demonstração de que o sistema de precedentes depende do diálogo pressuposto pela compreensão forte de contraditório adotada pelo código, em que não há um mero papel passivo atribuído às partes – sem que o julgador demonstre a distinção no caso em julgamento ou a superação daquele entendimento (VI).

Não é por outra razão que se buscará, mais do que explicitar como se forma o precedente, delinear como se fundamenta uma decisão a partir do precedente. A partir da distinção entre justificativa interna e externa da decisão será possível ver como se procede ao discurso de justificação, que, pela sua amplitude, será trabalhado a partir da expressão "motivação".

Isso pois não se trata tão somente de uma coerência interna dos fundamentos adotados pela decisão, compreensão que poderia induzir a utilização da nomenclatura "fundamentação", mas também da consistência e coerência sistêmica das suas próprias premissas (justifica externa), o que, por exemplo, explica a teoria

do direito como planejamento a partir da compreensão da estrutura composta e nidificada dos planos, ou seja, de seu consistente inter-relacionamento.

Ademais, ressalte-se que a importância da operação com precedentes faz-se presente ao longo do código, entre outros, na improcedência liminar do pedido, na compreensão dos poderes do relator dos recursos para os tribunais, no incidente de arguição de inconstitucionalidade<sup>356</sup>, no incidente de resolução de demandas repetitivas, nos recursos especial e extraordinário repetitivos, no instrumento da ação rescisória e nos novos sentidos e funções atribuídos aos institutos da reclamação e dos embargos de declaração por *omissão*.

Sobre os embargos de declaração, reza o parágrafo único do art. 1.022 que se considera omissa decisão judicial que incorra em qualquer das condutas descritas no art. 489, § 1º (II), bem como deixe de se manifestar sobre tese que tenha sido firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento (I).

Tendo em vista que no inciso VI, do §1º, do art. 489 estabelece que deve o juiz demonstrar a não aplicação do precedente invocado pela parte mediante as técnicas da distinção ou da demonstração da superação daquele entendimento<sup>357</sup>, a hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 1.022 significa a oportunidade de se dar efetiva operabilidade aos precedentes vigentes firmados em recursos repetitivos ou incidente de assunção de competência perante o próprio juízo que os desconsiderou, ainda que não tenham sido até aquele momento debatidos nos autos, sem necessidade de se postergar a discussão para outra instância de julgamento<sup>358</sup>.

<sup>356</sup> Dispõe o art. 949, parágrafo único, seguindo a regulação infraconstitucional anterior sobre a regra do *full bench* previsto na Constituição. no art. 97: Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário ou ao órgão especial a arguição de inconstitucionalidade quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.

<sup>357</sup> Se o julgador for a própria corte que onde se cristalizou a interpretação e se formou o precedente, a superação do entendimento pode dar-se no próprio caso, demonstrando a corte haver razões não frívolas para tanto, abrindo, em tal caso, a possibilidade de aplicação da modulação dos efeitos da decisão que supera o precedente, mediante aplicação dos já mencionados parágrafos 2º, 3º e 4º do art. 927. Se, por outro lado, tratar-se de juízo vinculado verticalmente à corte superior e ao seu precedente, deve demonstrar que se trata de precedente já superado pela corte que o editou, o seu desgaste ou, ainda proceder distinção, participando, desse modo, da contração ou expansão da *ratio*. Sobre a superação (revogação) dos precedentes, o chamado *overruling*, ver, por todos: MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. (2010). 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 388-456.

<sup>358</sup> Ou mesmo outra ação, tendo em vista que mesmo que efetivamente haja trânsito em julgado dessa decisão, havendo precedente aplicável e ignorado pelo julgador será possível o manejo de



A especificação do cabimento dos embargos de declaração nesses casos constitui técnica que fortifica o papel dos juízos de primeira e segunda instância, visto que incentiva o enfrentamento expresso do precedente, seja para aplicá-lo, para fazer o *distinguishing*<sup>359</sup> ou então para demonstrar a superação do precedente pela corte que o editou.

É dessa forma que os juízes e desembargadores efetivamente participam no necessário debate que se trava no interior do judiciário, e que, por outro lado, comunica-se com a sociedade a partir dos casos concretos e da cristalização dos precedentes nas cortes supremas, permitindo o desenvolvimento incremental e dialogado do direito.

Quanto ao instituto da reclamação<sup>360</sup>, previsto expressamente na Constituição para o Supremo Tribunal Federal no Art. 102, I, I, e 103-A, §3º e para o Superior Tribunal de Justiça no art. 105, I, f, com a finalidade de preservar suas respectivas competências e garantir a autoridade de suas decisões<sup>361</sup>, o novo código traz

---

outros mecanismos de impugnação externos a essa relação processual, tais como a ação rescisória. Ademais, o art. 1.023, § 2º, adota ainda a prática jurisprudencial reiterada de concretização do contraditório, abrindo possibilidade de manifestação do embargado caso eventual acolhimento do recurso implique a modificação da decisão embargada.

<sup>359</sup> A importância é patente tanto para quando se procede à contração da *ratio*, quanto para os casos em que se busca fazer a sua expansão. Ou seja, procede-se ao *distinguishing*, porém busca-se aplicar a compreensão do precedente a uma hipótese fática por ele antes não completamente abrangida. Nesse último caso, é essencial a menção expressa àquilo que efetivamente se está fazendo (criando um novo subplano) de modo a permitir que esse seja efetivamente universalizável e se incorpore ao sistema e à estrutura nidificada dos planos já existentes quando a questão, com suas especificidades, for submetida à análise de uma corte suprema mediante o sistema recursal. Somente assim não constituirá uma solução isolada e *ad hoc* para um caso concreto, mas efetivamente se acoplará à estrutura composta do plano interpretado, o que se efetivará pelo instrumento do precedente.

<sup>360</sup> A diferença dessa ação para os recursos ainda que para os tribunais superiores, além de sua distinta natureza, é patente pelo fato de que mesmo que estes últimos sejam compreendidos como instrumentos a serviço de cortes de precedentes, não operam as cortes em seu julgamento como cortes de cassação, mas efetivamente aplicam o direito ao caso. Nesse sentido a previsão de que mesmo sob o regime de julgamento de recurso repetitivo, ao serem afetados os recursos devem previamente ser decididas as demais questões distintas daquelas objeto da afetação (art. 1.037, §7º), bem como a previsão do art. 1.034, que dispõe, em consonância com os arts. 102, III, e 105, III, da Constituição, que admitidos os recursos extraordinário e especial, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça julgarão o processo, aplicando o direito ao caso. A previsão do art. 992 de que, julgada procedente a reclamação, o tribunal cassará a decisão exorbitante de seu julgado ou determinará medida adequada à solução da controvérsia, não significa, nessa última hipótese, que a decisão do Tribunal se substituirá à decisão reclamada e aplicará desde logo o direito à hipótese.

<sup>361</sup> Antes da regulação prevista pelo novo código o processo da reclamação encontrava-se regulado nos arts. 13 a 18 da Lei nº 8.038/90. Sobre os debates acerca da natureza jurídica do instituto, bem como a sua evolução histórica no direito brasileiro, ver, entre outros: PACHECO, José da Silva, A 'reclamação' no STF e no STJ de acordo com a nova Constituição, **Revista dos Tribunais**, [S.l.], v. 646, p. 19-30, ago. 1989, DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. **Reclamação constitucional no direito**

regramento que explicita o seu cabimento como instrumento a serviço da preservação dos *planos* construídos pelo Poder Judiciário a partir da interpretação. Também evidencia a possibilidade de sua utilização perante os demais tribunais, incorporando questão já reconhecida pela prática dos tribunais.

Bem por isso, é previsto no art. 988 que, além de caber reclamação para preservação da competência (I) e da autoridade das decisões do tribunal (II)<sup>362</sup>, trata-se de mecanismo que se presta para garantir a observância das decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade (III), para garantir a observância de enunciado de súmula vinculante (conforme expressamente previsto no texto constitucional em seu art. 103-A, §3º) e de precedente proferido em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência (IV).

Independente das críticas que podem desde já ser feitas pela restrição do cabimento do instituto às hipóteses já admitidas seja pela própria constituição, seja em maior ou menor medida pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ou ainda aos julgamentos de casos repetitivos e incidentes de assunção de competência, a previsão mostra o impacto que o reconhecimento de que as decisões judiciais incrementam o acervo normativo vigente no sistema trazem em seu momento operativo.

Por fim, três pontos merecem atenção no que diz respeito à fundamentação a partir do precedente: a improcedência liminar do pedido, a ação rescisória por violação à norma jurídica e os poderes do relator.

Isso porque, conforme o art. 932, compete ao relator negar (IV) ou dar provimento (IV) a recurso quando este ou a decisão recorrida forem contrários: (a) às súmulas do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do

---

**brasileiro.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2000, GRINOVER, Ada Pellegrini. Da reclamação, **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, [S.l.], V. 10, No. 38, p. 75-83, abr./jun. 2002, GÓES, Gisele Santos Fernandes. Reclamação Constitucional. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Org.). **Ações constitucionais**. Salvador: JusPodivm, 2007. p. 467-488. Sobre a reclamação e o controle de constitucionalidade, ver: SARLET; MARINONI; MITIDIERO. **Curso de Direito Constitucional**. Op. cit., p. 994-1000.

<sup>362</sup> Hipótese inicialmente pensada para a fase de cumprimento da decisão proferida pelo tribunal superior pelos juízos de primeiro grau, mas que, aos poucos, foi ampliada e restringida, em um movimento pendular da jurisprudência, para assegurar a eficácia vinculante dos precedentes do Supremo Tribunal Federal. Essa matéria merece debate em relação aos julgamentos dos recursos extraordinários após o advento do requisito da repercussão geral, quando compreendidos como precedentes, ainda que independente da edição de súmula vinculante, ou mesmo sobre a legitimidade ativa para a propositura da reclamação nas hipóteses das decisões dotadas de eficácia vinculante proferidas no controle concentrado (principal) de constitucionalidade, o que fugiria aos objetivos do presente tópico.

próprio tribunal; (b) ao acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento de recursos repetitivos; (c) e ao entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência (c).

No que diz respeito à ação rescisória, tendo em vista o problema de interpretação e a necessidade de desenvolvimento incremental do direito já delineadas nos tópicos e capítulos anteriores, a compreensão do que seja "violar manifestamente norma jurídica", prevista como hipótese para rescisão do julgado (art. 966, V), passa necessariamente pela operação com precedentes, compreendidos como os planos e subplanos reconstruídos pelo Poder Judiciário a partir da interpretação operativa autorizada pela particular economia da confiança do sistema jurídico brasileiro.

Fica ainda mais nítida a importância da operação com precedentes delineada pelo novo código, em especial pelo dever de motivação do §1º, do art. 489, quando até mesmo no julgamento de ação rescisória é aplicável o julgamento liminar de improcedência, conforme expressamente previsto pelo art. 968, §4º.

O julgamento liminar estabelece (art. 332) que nas causas que dispensem fase instrutória, independente da citação do réu, o juiz julgará improcedente o pedido que contrariar enunciado de súmula e acórdão proferido em recursos repetitivos, ambos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça (I e II), entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou assunção de competência (III) e enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local (IV)<sup>363</sup>.

É nítida a necessidade de compatibilização desse dispositivo com o que dispõe o art. 927, em especial o seu parágrafo primeiro, que estabelece que deve ser observado o disposto no já analisado art. 10. Assim se poderia questionar se a

---

<sup>363</sup> Além dessas hipóteses, o §1º prevê a possibilidade de julgamento liminar de improcedência quando o juiz verificar desde logo a ocorrência de prescrição e decadência. A necessidade de contraditório prévio para o reconhecimento da prescrição e decadência é excepcionada expressamente pelo parágrafo único do art. 487. De toda sorte, vale ressaltar a crítica amplamente realizada pela doutrina no sentido de que apesar de o juiz poder conhecer de ofício da prescrição negar-se ia àquele que é demandado o poder que o direito material lhe faculta de renunciar à prescrição, conforme o art. 191 do Código Civil. De outro canto, apesar da previsão ampla do dispositivo, deve-se atentar para o fato de não ser também aplicável à decadência convencional, que demanda alegação da parte, conforme o art. 211 do Código Civil.

previsão de julgamento liminar de improcedência não estaria em contradição com o regulamento geral sobre a operação com precedentes.

A questão deve ser lida à luz também dos próprios deveres das partes e dos procuradores, que não podem ser vistos apenas passivamente no que diz respeito aos precedentes, mas como agentes cujo papel é central para a operabilidade do sistema.

Assim, não formular pretensão ou apresentar defesa quando cientes de que são destituídas de fundamento, dever previsto no art. 77, II, do código deve ser lido sem se ignorar os subplanos (precedentes) postos pelo Poder Judiciário, bem como não se pode admitir a interpretação formalista da litigância de má-fé por dedução de pretensão ou defesa contra "texto expresso de lei" (art. 80, I), cabendo à parte, necessariamente, evidenciar os elementos de seu caso concreto que permitem a distinção ou superação do precedente que se acoplou à lei enquanto novo subplano, ou seja, sob a rubrica da interpretação, que assume a feição operativa<sup>364</sup>. Isso é reforçado pelo inciso VI, do §1º, do art. 489, que fala expressamente em "precedente invocado pela parte", o que conecta-se ao entendimento subjacente ao código de uma visão colaborativa do princípio do contraditório.

Tendo isso em mente é que se permite compreender o dever de o juiz julgar improcedente o pedido liminarmente nos termos do art. 332, o que, evidentemente, não o exime do dever de motivação previsto no §1º, do art. 489.

Não é demais ressaltar que não pode o juiz julgar com base nesse dispositivo quando a parte, de forma devidamente fundamentada, busca realizar a distinção do seu caso em razão de alguma particularidade fática que implique modificação da compreensão jurídica da questão posta à apreciação judicial, ou seja, afaste o caso concreto da compreensão construída no precedente.

De qualquer sorte, não interposta apelação da decisão de improcedência liminar, o réu será intimado do trânsito em julgado da sentença (§2º). Não há, nessa hipótese, qualquer prejuízo para o réu ou mesmo para o contraditório, tendo em vista que o dispositivo vai no mesmo sentido da proteção da confiança legítima que os sujeitos devem depositar nos subplanos construídos pelo Poder Judiciário, o que

---

<sup>364</sup> Milita em favor dessa compreensão o fato de o próprio código prever a possibilidade de, conforme os parágrafos do art. 1.040, publicado o acórdão paradigma no julgamento de recurso especial e extraordinário repetitivos a parte poder desistir da ação em curso no primeiro grau de jurisdição independentemente de consentimento do réu mesmo que contestado o pedido (§§ 1º e 3º), ficando isenta do pagamento de custas e de honorários de sucumbência caso ainda não oferecida contestação (§2º).

é decorrente da possibilidade de ampla discussão com a sociedade no caso de superação do precedente (quer isso se dê mediante as já mencionadas audiências públicas ou através da participação dos *amici curiae*).

De qualquer sorte, interposta a apelação, poderá o juízo retratar-se no prazo de cinco dias (§3º). Se houver retratação, será determinado o prosseguimento do processo com a citação do réu. Caso não se retrate, o réu será citado para apresentar contrarrazões (§4º), respeitando-se o contraditório e sendo-lhe possível nelas invocar todas as defesas que poderia trazer em sede de contestação, defendendo a decisão já proferida e que lhe foi favorável.

É preciso frisar, porém, a necessidade de que o juízo de retratação seja compreendido dentro de determinados limites, de modo a não se violar o contraditório como capacidade de efetivamente influenciar a decisão que será tomada no caso concreto.

Isso porque se o apelante invocar a distinção do caso concreto em relação ao precedente diante de uma determinada circunstância fática ou mesmo diante da necessidade de instrução probatória, não deve o juízo, nesse momento, proferir decisão realizando desde logo a distinção do caso sob julgamento, pois se assim proceder retiraria do réu qualquer possibilidade de efetivamente influenciar a decisão quanto à aplicabilidade ou não do precedente invocado ao caso em razão do sistema de preclusões.

Nesses casos, a retratação e sua fundamentação devem se limitar à necessidade de debate sobre ponto de direito ou fato que implicariam a impossibilidade de aplicação do dispositivo, que prevê sua incidência tão somente aos casos que dispensem a fase instrutória.

Traçadas as linhas gerais dos principais dispositivos do novo Código de Processo Civil que evidenciam a concretização da economia da confiança, lida através do instrumento do precedente, cuja compreensão é possível a partir da teoria do direito como planejamento, passa-se, por fim, a enfrentar o problema específico da motivação a partir do precedente.

### 3.3. A MOTIVAÇÃO A PARTIR DO PRECEDENTE

A necessidade de se verificar como se opera em um sistema jurídico caracterizado pelo desenvolvimento incremental do direito, ou seja, em que os planos construídos e reconstruídos pelo judiciário não devem ser negligenciados, pode ser vista em uma dupla perspectiva.

Assim, é possível ser compreendida como o necessário discurso que levará à formação do precedente - o que está inexoravelmente ligado à sua justificação enquanto instrumento dentro do sistema -, quanto como o discurso ligado à aplicação do precedente, ou seja, como se motiva adequadamente uma decisão subsequente a partir do precedente já formado.

Essa dupla possibilidade liga-se à percepção, já realizada em sede doutrinária, de que dentre as várias funções desempenhadas pelas cortes, duas - em especial - se sobressaem.

De um lado, a de resolver as disputas concretas que emergem dos membros da sociedade; de outro, a de enriquecer o acervo normativo do sistema. Se a primeira é voltada às partes e ao passado, a segunda tem os olhos para a sociedade em geral e para o futuro<sup>365</sup>, como bem explica Melvin Eisenberg.

A motivação a partir do precedente pertence, em grande parte, ao plano aplicativo e é voltada para os sujeitos em conflito. É preciso perceber, porém, que ambas as perspectivas não são completamente isoladas. Isso pois é a partir dos instrumentos operativos, como a busca pelo conceito adequado de *ratio decidendi* ou *holding* (na dicção do novo Código, de seus fundamentos determinantes), bem como da explicitação do discurso justificatório em uma perspectiva interna e externa, que se formará o precedente e se permitirá a adequada motivação da decisão a partir do precedente.

Vê-se assim, uma conexão umbilical e circular entre as noções de motivação da decisão e de precedente: a motivação adequada exige que se tome em conta os precedentes judiciais, ao passo que para a construção e operação com o precedente

---

<sup>365</sup> Nas palavras do autor: "Like other complex institutions, courts serve several functions, but two of these are paramount. The first concerns the resolution of disputes. (...) The second paramount function of the courts is the enrichment of the supply of legal rules." EISENBERG, Melvin Aron. **The Nature of the Common Law**. Cambridge: Harvard University Press, 1988. p. 4. "The function of resolving disputes faces toward the parties and the past. The function of enriching the supply of legal rules faces toward the general society and the future". *Ibidem*, p. 7.

é necessária uma fundamentação que dê conta da interpretação operativa que será universalizável mediante o precedente.

Ademais, é preciso recordar, com Marinoni, que a legitimidade da decisão judicial "(...) depende não apenas de estar o juiz convencido, mas também de o juiz justificar a racionalidade de sua decisão com base no caso concreto, nas provas produzidas e na convicção que formou sobre as situações de fato e de direito." Não deve, assim, limitar-se apenas a explicitar as razões que levaram ao seu convencimento. É o discurso de motivação da decisão que "permite o controle da atividade do juiz pelas partes ou por qualquer cidadão, já que a sentença deve ser o resultado de um raciocínio lógico capaz de ser demonstrado mediante a relação entre o relatório, a fundamentação e a parte dispositiva"<sup>366</sup>.

### 3.3.1. Justificativa Interna e Externa da Decisão

Para compreender a ideia de justificação interna e externa da decisão, bem como de interpretação operativa e sua conexão com a ideia de precedente, é preciso inicialmente delinear o que se entende por interpretação em sentido amplo e interpretação em sentido estrito. Isso especialmente a fim de se explicar a pertinência do discurso justificatório, o discurso da motivação da decisão judicial.

Como bem articula Marinoni, a justificação interna da decisão se faz presente quando esta decorre de suas premissas em conformidade com uma específica e também aceita regra de inferência, ao passo que na justificação externa o que importa não é a validade dessa inferência, mas a própria validade das premissas. Em suas palavras, "a justificação externa de uma decisão exige a demonstração de que as suas premissas são consistentes"<sup>367</sup>.

Essa distinção, delineada por Jerzy Wróblewski, faz ver o equívoco de uma crítica apressada às teorias ecléticas da interpretação, como se demonstrará a seguir. Isso porque se poderia pensar que em nenhuma hipótese se fariam presentes situações de clareza (situações de isomorfia) em oposição às chamadas

---

<sup>366</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. (2006). 8ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 106-107.

<sup>367</sup> MARINONI.. **O STJ enquanto...**, Op. cit., p. 105.

situações de interpretação, ainda que isso evidentemente não se dê no sentido clássico ligado ao cognitivismo formalista.

Enquanto a interpretação em sentido amplo significa a atribuição de sentido a um signo tratado como pertencente a uma dada linguagem, utilizado de acordo com as regras desta e com as práticas comunicativas comumente aceitas, a interpretação em sentido estrito corresponde à atribuição de sentido quando o significado do signo em questão é duvidoso diante de uma situação comunicativa concreta. Portanto, esta última dá-se quando a sua compreensão direta é insuficiente ao propósito comunicativo em questão<sup>368</sup>.

Tradicionalmente a distinção entre sentido claro e duvidoso é vista como propriedade do próprio texto interpretado. Essa visão, porém, é equivocada. Isso porque a clareza é algo que depende das avaliações feitas por aquele que deve concretamente decidir. Determinar o que é ou não claro demanda interpretação, possuindo um sentido eminentemente contextual.

Essa característica específica, como explicam Dascal e Wróblewski, não pode ser vista de modo afastado do papel desempenhado pelas suposições, valores e finalidades do próprio intérprete, o que é ressaltado pelas reflexões da hermenêutica filosófica.<sup>369</sup> Isso não significa, porém, que não possa haver limitações institucionais para a penetração da subjetividade, tal como a própria noção de economia da confiança evidencia.

De qualquer sorte, para os referidos autores a visão tradicional sobre as máximas *clara non sunt interpretanda* e *interpretatio cessat in claris* (objeto de crítica pelas escolas céticas da interpretação) pressupõe uma série de propriedades para a linguagem jurídica e para o direito em geral que não necessariamente se fazem presentes.

Entre essas é possível constatar as ideias de: que haveria textos cujo significado é, por si só, evidente; que sempre as formulações normativas teriam o mesmo sentido da linguagem ordinária, caso não haja uma definição específica realizada pelo órgão nomotético; que a indeterminação decorreria tão somente da

---

<sup>368</sup> Para uma síntese realizada pelo próprio autor sobre visão breve sobre os diferentes sentidos de interpretação jurídica, ver em especial os capítulos "Las Concepciones de la Interpretación Legal" e "Tipología de la Interpretación Legal" em WRÓBLEWSKI, Jerzy. **Constitución y Teoría General de la Interpretación Jurídica**. (1985) Madrid: Civitas, 1988. p. 21-34.

<sup>369</sup> DASCAL; WRÓBLEWSKI. Transparency and Doubt..., Op. cit., p 210.



própria construção sintática da linguagem jurídica; que a clareza seria um ideal que todos aqueles que criam o direito e inovam na ordem jurídica deveriam almejar<sup>370</sup>; e, por fim, que a obscuridade ou clareza de um texto não requereria interpretação.

Ocorre, porém, que se a ideia de obscuridade e clareza são tratadas como uma característica pragmática ligada ao contexto aplicativo, a indefinição linguística deve ser solucionada no momento de aplicação do direito, o que se dá a partir de diretivas para a interpretação jurídica que sejam aptas a completar as práticas comuns de interpretação linguística<sup>371</sup>.

A ideia de que nem todos os textos jurídicos são interpretados em um sentido estrito, bem como de que não raras vezes a alegada clareza de um texto é utilizada como um argumento para a utilização de sua compreensão mais imediata, justifica a utilização dos conceitos de interpretação em sentido estrito e de clareza na explicação da prática jurídica.

A noção de clareza depende, assim, de uma específica situação comunicativa. Os aspectos relevantes dessa, por sua vez, incluem os usuários da linguagem, as suas atitudes epistêmicas e axiológicas, bem como as formas específicas de contexto. Isso implica que quando utilizado em diferentes situações, um mesmo texto normativo pode ser algumas vezes pragmaticamente claro ou equívoco.

Apesar de não estar assentada nos mesmos pressupostos do cognitivismo, é possível perceber que se está diante de distinção que permite ressaltar e compreender as situações em que o entendimento mais imediato de um determinado texto jurídico é adequado (situação de isomorfia) e aquelas em que há dúvidas decorrentes de diversos fatores (situação de interpretação)<sup>372</sup>.

---

<sup>370</sup> Como explica Endicott, a ideia de absoluta clareza na regulação pelo direito é equivocada, pois esta não pode se dar sem que se construa uma ideia de que os agentes humanos são responsáveis pelas suas condutas, sejam elas infrações jurídicas, o exercício de direitos, de poderes, etc. E os *standards* gerais de causação e de responsabilidade são necessariamente vagos. "Law should not (and cannot) be reformed to pursue precision—or even to avoid significant vagueness. (...) Law, like language, should not make arbitrary, pointless distinctions. And while many laws do make arbitrary, pointless distinctions, no legal system could succeed in committing itself wholesale to that sort of thing". ENDICOTT, Timothy. Law is Necessarily Vague, **Legal Theory**, [S.l.] V. 7, No. 4, p. 379-385, Dez. 2001, p. 385. Isso não significa, porém, que não se possam construir discursos que tornem o direito operável diante da indeterminação, reduzindo-a a níveis aceitáveis.

<sup>371</sup> DASCAL; WRÓBLEWSKI. Transparency and Doubt..., Op. cit., p. 212.

<sup>372</sup> DASCAL; WRÓBLEWSKI. Transparency and Doubt..., Op. cit., p. 221.

Nas situações de isomorfia há, em termos eminentemente pragmáticos, interpretação do texto jurídico em sentido amplo de forma "transparente", ou seja, sem necessidade de procurar outro significado diferente daquele já semanticamente computado. Na situação de interpretação, por outro lado, há relevantes e razoáveis dúvidas sobre a aplicabilidade do texto ao caso em questão, devendo ser procurado um significado alternativo ou indireto.

É importante perceber, porém, que mesmo a interpretação em sentido estrito não pode ser levada a cabo *ad infinitum*. Em algum momento do processo uma interpretação é (re)construída, a qual faz com que não mais seja a disposição considerada contextualmente inadequada. Aí reside a pragmatização da noção de clareza, que permite a utilização razoável dessa, ao mesmo tempo que torna possível a crítica da doutrina tradicional sobre clareza como elemento objetivo do texto<sup>373</sup>.

Isso significa que na situação de aplicação do direito, aquele que necessariamente deve decidir se utiliza do texto como base para a sua decisão e, se o texto não é claro diante das perturbações trazidas pelo caso, deve proceder à interpretação em sentido estrito.

Assim, vê-se diante de uma decisão operativa, que é ativada pela divergência entre a compreensão imediata do texto e diferentes níveis ou tipos de contexto, ou seja, sobre o pano de fundo culturalmente determinado, de um lado, e, de outro, a situação específica do caso particular, a que o direito está sendo aplicado.<sup>374</sup>

Isso é decorrência da característica imprecisa, vaga (*fuzzy*) da linguagem, pois é impossível decidir, a priori, se um determinado termo é ou não vago, pois não se pode antever todas as características da realidade que podem ser ou não relevantes para a aplicação de um termo nas mais variadas situações.<sup>375</sup> Recorde-se que esse é um dos elementos chave para a teoria metainterpretativa construída por Shapiro.

---

<sup>373</sup> DASCAL; WRÓBLEWSKI. Transparency and Doubt..., Op. cit., p. 215.

<sup>374</sup> DASCAL; WRÓBLEWSKI. Transparency and Doubt..., Op. cit., p. 216.

<sup>375</sup> DASCAL; WRÓBLEWSKI. Transparency and Doubt..., Op. cit., p. 218-219.

De todo modo, é possível falar em três diferentes sentidos de imprecisão (*fuzzyness*)<sup>376</sup>.

No primeiro tem-se a hipótese acima delineada, ou seja, ligada à ideia de pré-compreensão (*Vorverständnis*) de uma formulação normativa em linguagem jurídica. Em um segundo sentido fala-se em imprecisão quando há problemas de consistência ligados a uma norma jurídica aplicada, ou seja, quando há inconsistências entre a norma aplicada e a parte do sistema jurídico que é relevante para a sua aplicação. Na terceira acepção, por fim, é possível falar que se faz presente imprecisão quando um órgão decisório não vê a significação *prima facie* da norma como capaz de conduzir a resultados racionais e aceitáveis da própria norma em um determinado caso concreto.

Entre os fatores contextuais relevantes para a compreensão de um texto jurídico podem ser inseridos os contextos sistêmicos e funcionais. A importância desses decorre do fato de que um texto jurídico que formula determinadas regras jurídicas (aqui entendidas em sentido amplo) deve sempre ser compreendido no contexto do sistema jurídico a que pertencem, assumindo que esse sistema tem, ou deve ter, as propriedades da consistência, coerência e, eventualmente, completude e não redundância<sup>377</sup>.

Não se pode ignorar, ademais, que a ideia de contexto deve estar ligada à operacionalidade da imputação de sentido a uma formulação normativa. Se a situação de dúvida é, assim, uma situação pragmaticamente definida, a situação em uma interpretação operativa é aquela que se dá no processo de tomada de decisão concreto<sup>378</sup>.

A conexão com a ideia de planejamento aqui, constata-se, não é trivial, apesar de a noção de completude, ao lado da consistência<sup>379</sup>, coerência e não redundância, acima delineadas, dever ser vista com atenção.

---

<sup>376</sup> WRÓBLEWSKI, Jerzy, Legal Language and Legal Interpretation, **Law and Philosophy**, V. 4, [S.l.], p. 239-255, 1988. p. 249-250.

<sup>377</sup> DASCAL; WRÓBLEWSKI. Transparency and Doubt..., Op. cit., p. 220.

<sup>378</sup> WRÓBLEWSKI. Legal Language..., Op. cit., p. 248-249.

<sup>379</sup> "The postulate of consistency in a legal system is justified by various arguments. The presupposition of consistency in the legal system is accepted by the interpreter, along with the responsibility for eliminating any discovered inconsistencies as one of the tasks of legal interpretation. 'Technical contradictions' are thought of as spurious and have to be eliminated by the law-applying

Isso porque o fato de o direito dever ser operativo em uma determinada sociedade demanda mecanismos institucionais para solução de controvérsias, o que evidentemente compele o próprio processo interpretativo.

Dessa forma, por mais que a completude seja um ideal irrealizável, é possível pensar em mecanismos institucionais para solucionar, a partir da própria noção de autoridade (pense-se nos subplanos que criam estipulações ou estabelecem órgãos oficiais para a solução de controvérsias), o problema da claridade em qualquer caso no qual ela brote.

Ocorre, porém, que mesmo as decisões dotadas de autoridade nunca solucionam, de uma vez por todas, as questões interpretativas, pois no futuro podem ser elas próprias sujeitas a uma nova rodada de dúvidas interpretativas.

Como explicam Dascal e Wróblewski, não obstante o círculo ou espiral da interpretação "(...) nunca atingir um absoluto ponto de equilíbrio, procede de um modo suficientemente ordenado e convergente provendo uma suficiente - apesar de não absolutamente certa - base para todos os propósitos práticos"<sup>380</sup>.

Aqui sobressai evidente o pleno potencial do reconhecimento da importância das interpretações ou reconstruções dos planos (normas) pelo Poder Judiciário, bem como do instrumento do precedente.

Isso pode ser visto tanto na dimensão da formação paulatina dos fundamentos interpretativos a partir da ideia de jurisprudência ou mesmo de constrições institucionais a partir da ideia de precedente.

Bem por isso, é possível dizer que o papel de uma linha firme de interpretação jurídica prática mediante precedente pode ser compreendida como capaz de transformar alguns termos imprecisos em termos sobre os quais não mais paira dúvida<sup>381</sup>, ou seja, permite uma nova situação de isomorfia, que claramente deve ser respeitada em julgamentos posteriores.

---

organs, using rules for resolving conflicts between legal rules or systemic interpretation". WRÓBLEWSKI. *The Judicial Application...*, Op. cit., p. 100.

<sup>380</sup> Tradução livre de: " Though the circle or spiral of interpretation never comes to an absolute resting point, it proceeds in a sufficiently ordered and convergent way to provide a sufficient - though not absolutely certain - basis for all practical purposes." DASCAL; WRÓBLEWSKI. *Transparency and Doubt...*, Op. cit., p. 222.

<sup>381</sup>"(...) one should mention that the interpretative decisions, if repeated consistently for a sufficiently long period of time by various interpreters, could function in the manner a hard language functions, i.e., could be treated as transforming some fuzzy terms into terms whose use does not involve any doubts. This is the role of a settled line of interpretation in legal practice ('interpretation-precedents')" WRÓBLEWSKI. *Legal Language...*, Op. cit., p. 252.

É possível entender, desse modo, como a operação com precedentes traz uma diretiva interpretativa específica que pode - e deve - ser compreendida a partir da lógica geral do planejamento, mostrando a força excludente de deliberação subjacente a um subplano que tenha sido construído pelo Poder Judiciário enquanto órgão não apenas aplicador de planos, mas também planejador.

É possível neste momento delinear a ideia de interpretação operativa para o pensamento de Wróblewski. Essa nada mais é do que a interpretação (em sentido estrito) que ocorre quando há dúvida a respeito do significado de uma determinada norma jurídica que deve ser aplicada, em um caso concreto de decisão por uma agência responsável pela aplicação do direito<sup>382</sup>.

O seu conteúdo, porém, depende das escolhas e avaliações adotadas pelo intérprete que justifica suas decisões (justificação que, adicione-se, pode - e, mais do que isso, *deve* - levar em consideração as escolhas já existentes dentro do próprio sistema, o que é possível ver a partir do inter-relacionamento entre os diversos planos que compõe o sistema jurídico).

Essa decisão é diretamente relacionada com as diretivas interpretativas escolhidas e com as avaliações aceitas pelo órgão envolvido no processo de tomada de decisão.

É possível dizer que a interpretação pode ser descrita como uma transformação individual da norma que, não obstante estar relacionada a um caso concreto, possui tendência a universalização e generalização. Isso diante da busca pela uniformidade, certeza e previsibilidade da decisão interpretativa. É nesse sentido que é possível compreender como a interpretação operativa remove a imprecisão da linguagem jurídica para um determinado caso e, mais do que isso, diante de sua tendência à generalização, também para os casos futuros, se isso é aceito pela prática jurídica do sistema<sup>383</sup>.

---

<sup>382</sup> "The operative interpretation takes place if there is a doubt concerning the meaning of a legal norm which has to be applied in a concrete case of decision-making by a law-applying agency. This interpretation is thus a case-bound interpretation. Operative interpretation has to fix a doubtful meaning in a way sufficiently precise to lead to a decision in a concrete case. Operative interpretation is an evaluative process because of the evaluative components of interpretive heuresis and/or of the justification of an interpretive decision". WRÓBLEWSKI. Legal Language..., Op. cit., p. 244.

<sup>383</sup> WRÓBLEWSKI. Legal Language..., Op. cit., p. 244-245.

Partindo da teoria do direito como planejamento, é possível dizer que essa não é apenas uma questão paroquial (ou seja, "se isso for aceito pela prática do sistema"), mas sim uma exigência conceitual de um sistema de planejamento jurídico.

Isso significa que uma decisão interpretativa deve ser, necessariamente, uma decisão justificada. Se as decisões jurídicas devem ser vistas como partes funcionais da juridicidade mediante um instrumento específico (exercício da autoridade jurídica como atividade planejadora, direito como planejamento), então o órgão dotado de poder decisório deve ser capaz de justificar adequadamente suas decisões dentro da moldura jurídica, conceitual e ideológica de suas atividades<sup>384</sup>.

Tenha-se em mente que uma decisão racional nada mais é do que uma decisão adequadamente justificada. Racionalidade, nesse sentido, é resultado direto da quantidade de conhecimento do órgão julgador, das suas avaliações e das regras de inferência por ele aceitas. Uma decisão justificada está, dessa forma, relacionada com as normas, avaliações e inferências tomadas em conta no momento da decisão.

É possível afirmar que a decisão interpretativa é um verdadeiro método avaliativo e ao mesmo tempo propositivo que, diante da interpretação operativa, busca dar uma resposta adequada à questão sobre como se deve atribuir sentido a um determinado texto normativo perturbado por uma dada situação concreta em que se torna equívoco.

Como explica Wróblewski, a resposta deve necessariamente especificar os valores que a interpretação busca implementar ou formular as diretivas interpretativas que são o critério para sua correção, e, em conjunto com essas avaliações, correspondem a seus argumentos justificatórios<sup>385</sup>.

A forma aceita para justificar uma decisão operativa está baseada as diretivas interpretativas e avaliações subjacentes a essas diretivas, que podem ser de dois tipos<sup>386</sup>.

---

<sup>384</sup> WRÓBLEWSKI, Jerzy. Legal Decision and its Justification, *Logique & Analyse*, V. 14, No. 53/54, p. 409-419, 1971. p. 412.

<sup>385</sup> WRÓBLEWSKI. *The Judicial Application...*, Op. cit., p. 89.

<sup>386</sup> WRÓBLEWSKI. *Legal Language...*, Op. cit., p. 250-251.

De um lado tem-se as diretivas interpretativas de primeiro nível<sup>387</sup>, que determinam a forma como o intérprete deve utilizar determinadas características de um dado contexto linguístico, sistêmico e funcional para determinar o significado de uma dada formulação normativa. De outro canto, há as diretivas interpretativas de segundo nível, que determinam como as diretivas de primeiro nível devem ser utilizadas e como conflitos decorrentes de seu uso devem ser solucionados<sup>388</sup>.

Vale o alerta, porém, de que isso não significa em absoluto que haja cânones interpretativos que possam excluir completamente os julgamentos avaliativos inerentes à interpretação. O ponto relevante é que, não obstante essa impossibilidade, a interpretação pode ser canalizada<sup>389</sup>.

Fixados esses elementos do pensamento de Wróblewski, é possível, agora, voltar os olhos para o específico problema da decisão judicial.

Para o autor, a decisão judicial é o paradigma da decisão jurídica, sendo tratada como a solução de um conflito baseado em normas jurídicas. Entre as suas principais características, pelo menos entre os sistemas de direito legislado, estão: a inevitabilidade da decisão (a vedação ao *non liquet*); o fato de a decisão dever se basear em normas juridicamente válidas; o controle institucional mediante um sistema recursal; e o fato de este último dar-se a partir da justificação da decisão.

De acordo com Wróblewski essas características asseguram a objetividade das decisões, o que implica sua justificação. A justificação lógica em sentido amplo

---

<sup>387</sup> "The first level directives of interpretation specify how the pragmatically doubtful meaning of a rule ought to be determined taking into account its basic semantically relevant contexts. I single out three such contexts, i.e., linguistic, systemic, and functional. The first context is that of the legal language in which the interpreted rule is formulated; the second context is the system to which the interpreted rule belongs; the third context contains all socio-political, cultural, economical and other factors from the time of the enactment and/or interpretation (or application) of the rule in question" WRÓBLEWSKI. **The Judicial Application...**, Op. cit., p. 91.

<sup>388</sup> Mais especificamente, é preciso perceber que há dois grupos de diretivas interpretativas de segundo nível: " (...) directives of procedure and directives of preference. The former specify the sequence of use of the first level directives, the latter determine the choice between meanings ascribed to the interpreted legal rule according to the first level directives, if these meanings are different" WRÓBLEWSKI. **The Judicial Application...**, Op. cit., p. 91. É possível ver na lógica geral do planejamento uma diretiva de segundo nível de procedimento, uma vez que não se pode reabrir, na interpretação de um plano, a discussão já solucionada por qualquer outro plano que se insira no mesmo sistema de planejamento.

<sup>389</sup> "The directives of interpretation expressed in legal rules do have a channeling role so far as they indicate in a binding manner a preference for some evaluations and even for some normative theories of interpretation. These directives are at least capable of having an impact on the way in which interpretative decisions are rationalized through the process of justification, and thus contribute to the objectivisation involved in any analysis of the correctness of interpretative decisions" WRÓBLEWSKI. **The Judicial Application...**, Op. cit., p. 120.

consiste em fornecer as razões adequadas à decisão judicial, que são as premissas para uma inferência de acordo com as diretivas aceitas.<sup>390</sup>

Há dois tipos específicos de justificação, a interna e a externa. Como explica Chiassoni, a tipologia dos silogismos judiciais de Wróblewski tem um mérito especial. Isso porque constitui um instrumento útil para a análise e reconstrução do conteúdo das decisões judiciais, sugerindo que a estrutura lógica da decisão não se limita tão somente à relação entre a norma geral a ser aplicada, o discurso de qualificação dos fatos e a subsunção individual, mas também pode ser estendida ao raciocínio que conduz às próprias premissas do silogismo decisório<sup>391</sup>.

Para Wróblewski uma decisão é internamente justificada se as suas inferências são válidas e a solidez de suas premissas não é posta à prova, constituindo um aspecto formal. A justificação externa, por sua vez, examina não apenas a validade das inferências, mas também a firmeza das premissas da decisão. O amplo alcance da justificação externa é especialmente exigido pela decisão judicial enquanto paradigma de decisão jurídica em razão dos elevados padrões a ela impostos.<sup>392</sup>

É possível falar em três tipos de decisões judiciais: as decisões interpretativas, as decisões sobre a prova e a decisão final. As decisões interpretativas buscam determinar o significado da norma jurídica aplicada. As decisões sobre prova<sup>393</sup> buscam estabelecer os fatos que ocorreram no caso posto à julgamento. A decisão final, por fim, leva em consideração as duas últimas. Cada uma dessas decisões requer uma adequada e própria justificação<sup>394</sup>.

Apesar de aqui não se preocupar especificamente com a justificação do discurso probatório, é importante ter em mente que as próprias decisões

<sup>390</sup> WRÓBLEWSKI. Legal Decision..., Op. cit., p. 411.

<sup>391</sup> CHIASSONI. **Tecnica dell'Interpretazione...**, Op. cit., p. 27.

<sup>392</sup> WRÓBLEWSKI. Legal Decision..., Op. cit., p. 412.

<sup>393</sup> Neste trabalho não se preocupará especificamente com o discurso justificatório e com a motivação das decisões em matéria probatória. Sobre o ponto remete-se o leitor para: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil V. 2: Processo de Conhecimento**. (2001) 12ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.466-488; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 260-287 e TARUFFO, Michele. **La Motivación de la Sentencia Civil**. (1975) Cidade do México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006. p. 373-382.

<sup>394</sup> WRÓBLEWSKI. Legal Decision..., Op. cit., p. 413.



interpretativas estão correlacionadas com o resultado das decisões acerca das provas produzidas e do discurso de reconstrução da "verdade processual".

Ou seja, compete ao julgador averiguar se dos fatos considerados demonstrados nos autos é ou não possível extrair as consequências jurídicas pretendidas pelas partes, bem como em que medida o contexto influenciará a decisão interpretativa: está-se diante de uma situação de isomorfia?

De qualquer sorte, uma decisão interpretativa deve ser justificada de acordo com as diretivas interpretativas e as avaliações que determinam suas escolhas e seu uso.

Desse modo, tornar explícitos os elementos justificatórios de uma decisão interpretativa assume, para Wróblewski<sup>395</sup>, a seguinte forma: *uma norma N tem o significado S de acordo com as diretivas interpretativas DI1...DIn e as avaliações A1...An necessárias à utilização das diretivas interpretativas DI1...DIn*.

Isso faz ver a importância da reconstrução das diretivas interpretativas e avaliações, uma vez que a complexidade/dificuldade da justificação interna da decisão é inversamente proporcional ao conteúdo das diretivas interpretativas e dos valores necessários à sua utilização.

Do ponto de vista da justificação externa da decisão interpretativa, as diretivas interpretativas podem ser uma imposição do sistema, de modo que as seguir configura uma imposição do próprio estado de direito e do sistema de planejamento jurídico, como se defende neste trabalho no que se refere ao instrumento do precedentes.

Nesse caso, a correção de sua utilização exige a formulação de declarações relacionais que descrevam o comportamento interpretativo como consistente, ou inconsistente, em relação às diretivas interpretativas<sup>396</sup>.

De toda a sorte, se deve tratar uma expressão tal como "a regra R tem o significado S" como uma decisão decorrente de interpretação operativa, demandando não sua verdade ou falsidade, mas sim a sua mais adequada justificação<sup>397</sup>.

---

<sup>395</sup> WRÓBLEWSKI. Legal Decision..., Op. cit., p. 413-414.

<sup>396</sup> WRÓBLEWSKI. Legal Decision..., Op. cit., p. 414.

<sup>397</sup> WRÓBLEWSKI. **The Judicial Application...**, Op. cit., p. 122.

### 3.3.2. Motivação da Decisão e a Noção de *Ratio Decidendi*

Explicitado o que constitui a justificação interna e externa da decisão, bem como delineadas as linhas gerais traçadas para o novo Código de Processo Civil sobre a operação com precedentes e a necessidade de fundamentação (motivação), tem-se as condições necessárias para se enfrentar o tema da motivação da decisão a partir do precedente.

O tema passa pela noção de *ratio decidendi*, ou, na dicção adotada pelo novo Código, dos seus "fundamentos determinantes". Como se propôs ao longo das reflexões aqui travadas, trata-se de elemento importante para vivificar os planos e subplanos construídos pelo Poder Judiciário.

Diferentemente de versões preliminares do Código que, ao longo do processo legislativo, chegaram a prever diretrizes que permitiam uma extração mais imediata de um conceito legal de *ratio*<sup>398</sup>, o texto aprovado corretamente deixou como tarefa para a doutrina dar conteúdo à ideia de "fundamentos determinantes" prevista no inciso V do §1º do art. 489.

As noções de *ratio decidendi* (ou *holding*, como é tratada no direito dos Estados Unidos) e de *obiter dictum* são imprescindíveis para a operação com precedentes<sup>399</sup>.

Em uma primeira aproximação, é possível dizer que geralmente se atribui àquela o elemento vinculante do precedente, ao passo que a esta tudo aquilo que é dito de passagem e que, desse modo, não diria respeito ao discurso sobre os fatos -

<sup>398</sup> Ainda que formulado por exclusão, é o que se via nos §§7º e 8º do artigo 520 da emenda aglutinativa substitutiva global da Câmara dos Deputados, datada de 09/10/2013: §7º O efeito previsto nos incisos do caput deste artigo decorre dos fundamentos determinantes adotados pela maioria dos membros do colegiado, cujo entendimento tenha ou não sido sumulado; §8º Não possuem o efeito previsto nos incisos do caput deste artigo os fundamentos: I - prescindíveis para o alcance do resultado fixado em seu dispositivo, ainda que presentes no acórdão; II - não adotados ou referendados pela maioria dos membros do órgão julgador, ainda que relevantes e contidos no acórdão.

<sup>399</sup> Já se criticou a relevância da noção de *ratio*, inclusive abordando-a partir da perspectiva de categoria de referência ilusória, tendo em vista a sua potencial indeterminação e o papel do juiz subsequente ao aplicar o precedente. "The duty of choice in the interpretation of a precedent containing in its language a 'category of illusory reference' (as above described) will be further expanded if later courts resort to competing versions of the method of determining its ratio. And even if later courts all choose one method of determining its ratio, the choices might still be greatly expanded because the later courts, despite their similarity of method, still reach (as we have seen they may) competing versions of the ratio decidendi of that particular precedent". STONE, Julius. The Ratio of the Ratio Decidendi, **The Modern Law Review**, [S.I.], V. 22, No. 6, p. 597-620, nov. 1959. p. 615.

tal como foram considerados pela decisão - e fundamentos jurídicos imprescindíveis para a solução jurídica adotada pelo precedente.

Tratam-se de noções sobre as quais têm se debruçado juristas práticos e teóricos do direito há muito tempo<sup>400</sup>, apesar de especificamente a elas ter sido dada maior atenção pelos juristas inseridos na tradição da *common law*.

De qualquer sorte, é possível identificar dois conceitos que, apesar de analiticamente distintos, estão interconectados com a ideia de *ratio*. O primeiro é de escopo do precedente<sup>401</sup>, que determina se uma manifestação judicial anterior aplica-se à disputa jurídica sobre análise do órgão julgador. O segundo, é o de força do precedente, que se refere à quanta deferência deve ser devida às manifestações judiciais anteriores que seriam aplicáveis à hipótese<sup>402</sup>.

Quanto à força, aqui se defende, a partir do conceito de interpretação operativa, que a construção de planos pelo Judiciário evidencia uma situação de isomorfia, de modo que, constatada sua aplicabilidade (o que se pode extrair da fundamentação, na perspectiva da justificativa externa e interna da decisão operativa), torna-se critério não apenas suficiente, mas bastante para a solução da questão jurídica apresentada perante o Judiciário no novo caso em análise<sup>403</sup>.

---

<sup>400</sup> Sobre as variadas possibilidades de reconstrução da noção de *ratio decidendi*, ver CHIASSONI, Pierluigi. The Philosophy of Precedent: Conceptual Analysis and Rational Reconstruction. In: BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de; BERNAL PULIDO, Carlos (Orgs.). **On the Philosophy of Precedent**: Proceedings of the 24th World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy, Beijing, 2009. Stuttgart: Franz Steiner Verlag und Nomos, 2012. p.13-33. p. 17-22.

<sup>401</sup> Como diz Marinoni, "Na verdade, como o alcance do precedente apenas pode ser analisado de forma crítica à luz dos novos casos, não há como afirmar, apenas diante do precedente, se aquele é amplo ou limitado. Ou seja, o alcance do precedente apenas pode ser visto como limitado ou amplo quando confrontado com novos casos. É nessa oportunidade que o tribunal de depara com a questão de saber se deve estender ou restringir o precedente". MARINONI. **Precedentes...**, Op. cit., p. 330. Isso não significa, em absoluto, que possa o precedente sofrer alterações frívolas, demandando, enquanto plano, fortes razões para que se reabra a deliberação sobre o seu mérito. Ver nota 358, acima.

<sup>402</sup> KOSEL, Randy J., The Scope of Precedent, **Michigan Law Review**, [S.l.], V. 133, No. 1, p. 179-230, 2014, p. 185.

<sup>403</sup> Respondendo à indagação sobre como força do precedente se manifesta quando o precedente diz respeito à interpretação de um texto normativo constitucional ou legal, explica Larry Alexander: "There are two aspects to such precedents. The first is the interpretation of the statutory or constitutional text. That amounts to the precedent court's substituting its language for the language of the text. The court's language is supposed to clarify the meaning of the text and not alter it, as when the court substitutes a non-ambiguous term for the text's ambiguous one. The precedent court's new formulation of the text constrains later courts to treat that formulation as the text's correct interpretation even if the later courts disagree that it is. The precedent court's formulation is now the *rule* the later courts must follow in place of the later court's own interpretation of the statutory or constitutional text. (...) The second aspect looks at what the precedent court does once it has interpreted the text. If it has

Vê-se, aqui uma vez mais a conexão imprescindível entre a teoria do direito como planejamento e o instrumento do precedente. Como bem percebeu Patrícia Perrone Campos Mello, uma teoria do precedente não apenas contribui para a redução da incerteza, a promoção da igualdade, legitimidade e eficiência de um sistema de distribuição de justiça, mas opera efetivamente como um filtro argumentativo, ao oferecer orientações para a seleção das questões que serão sujeitas ao debate<sup>404</sup>.

Ou seja, identificada a presença de uma interpretação operativa em um precedente, vê-se em que medida o este, enquanto plano, realiza uma preempção de um novo *round* deliberativo sobre a questão de direito solucionada, funcionando como razão excludente.

Perceba-se que não se pretende, aqui, proceder a uma revisão aprofundada dos variados métodos que já foram construídos na tradição da *common law* a fim de se definir o conceito de *ratio decidendi*, tais como, por exemplo, os modelos

---

interpreted the textual provisions to be a determinate rule, then it will have applied the rule in the precedent case. Presumably, that will not be the aspect of the precedent case with which the later court disagrees. On the other hand, if it interprets the textual provision to be a standard, then either will have merely decided the case in all its particularities under the standard, or it will have created rules for implementing the standard and decided the case under such rules. The later courts would be bound by both the interpretation of the text and by the implementing rules announced by the precedent court. If no implementing rules were announced, and the precedent case was merely decided directly under the announced standard, only the interpretation of the text to be a standard would constrain later courts". ALEXANDER, Larry. Precedential Constraint, Its Scope and Strength. In: BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de; BERNAL PULIDO, Carlos (Orgs.). **On the Philosophy of Precedent**: Proceedings of the 24th World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy, Beijing, 2009. Stuttgart: Franz Steiner Verlag und Nomos, 2012. p. 75-82. p. 80. Isso faz ver como é imprescindível que se faça a interpretação operativa do texto normativo, como explicitado anteriormente neste trabalho. De acordo com o dever de motivação previsto no novo código de processo civil, corretamente implementado o dever de motivação, o precedente explicitará a justificativa interna e externa da interpretação operativa, permitindo a aplicação do precedente que passou a permitir uma nova situação de isomorfia.

<sup>404</sup> Nesse sentido: "it [the role of a theory of precedent] operates as an argumentative filter, by offering guidelines for the selection of the issues that will be subject to debate. If the understanding of a particular legal issue has already been established, this circumstance will guide the parties to discuss the holding's reach of to attempt to demonstrate its inapplicability to the case at hand because of its peculiarities. The parties will know that they will not succeed in discussing the ruling itself, which has already been determined, unless their arguments meet the requirements necessary to evidence that the precedent should be overruled. In the last situation, litigants will have the burden to explain why the previous standard is inadequate and shall demonstrate the reasons why other solutions are better. They shall discuss the positive and negative consequences of abandoning the old understanding and, lastly, shall demonstrate that the former outnumber the latter". MELLO, Patrícia Perrone Campos. The Role of Precedent as a Filter for Argumentation. In: BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de; BERNAL PULIDO, Carlos (Orgs.). **On the Philosophy of Precedent**: Proceedings of the 24th World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy, Beijing, 2009. Stuttgart: Franz Steiner Verlag und Nomos, 2012. p.83-102. p. 101.

clássicos delineados por Eugene Wambaugh<sup>405</sup>, que dá maior ênfase aos fundamentos, e de Arthur Goodhart<sup>406</sup>, que dá maior importância aos fatos considerados pelo julgador para atingir determinada decisão.

Frise-se, ademais, que ambos, em princípio, são métodos conectados com a ideia da efetiva criação normativa pelo judiciário a partir dos fatos, e não necessariamente preocupados com a uma interpretação operativa de um plano já tenha sido, ainda que parcialmente, delineado pelo direito.

De qualquer sorte, esses métodos clássicos evidenciam que na tradição jurídica da *common law* para a identificação da *ratio* foi dada atenção a dois diferentes elementos, ambos ligados à solução do caso: de um lado a identificação dos fatos, de outro as razões que embasaram a conclusão<sup>407</sup>.

---

<sup>405</sup> O teste de Wambaugh para determinar a *ratio decidendi* parte da ideia de que essa é uma proposição que, em um determinado julgamento, tivesse seu significado "trocado de sinal", ou seja, invertido, implicaria a alteração do resultado do caso, da decisão. "§11. A Test for determining whether a Case is a Precedent for a given Doctrine. Yet by experiment even the beginner can determine whether it is possible for a given proposition of law to be involved in a given case. In order to make the test, let him first frame carefully the supposed proposition of law. Let him then insert in the proposition a word reversing its meaning. Let him then inquire whether, if the court had conceived this new proposition to be good, and had had it in mind, the decision could have been the same. If the answer be affirmative, then, however excellent the original proposition may be, the case is not a precedent for that proposition, but if the answer be negative the case is a precedent for the original proposition and possibly for other propositions also". WAMBAUGH, Eugene. **The Study of Cases: A Course of Instruction in Reading and Stating Reported Cases, Composing Head-Notes and Briefs, Criticising and Comparing Authorities, and Compiling Digests**. Boston: Little Brown, 1894, p. 17. Sua falha, de demonstração bastante singela, pode ser vista diante dos casos em que o julgado adota mais de uma razão suficiente para conduzir à mesma conclusão.

<sup>406</sup> "The judge, therefore, reaches a conclusion upon the facts as he sees them. It is on these facts that he bases his judgment, and not on any others. It follows that our task in analyzing a case is not to state the facts and the conclusion, but to state the material facts as seen by the judge and his conclusion based on them. It is by his choice of the material facts that the judge creates law. A congeries of facts is presented to him; he chooses those which he considers material and rejects those which are immaterial, and then bases his conclusion upon the material ones. To ignore his choice is to miss the whole point of the case. Our system of precedent becomes meaningless if we say that we will accept his conclusion but not his view of the facts. His conclusion is based on the material facts as he sees them, and we cannot add or subtract from them by proving that other facts existed in the case. It is, therefore, essential to know what the judge has said about his choice of the facts, for what he does has a meaning for us only when considered in relation to what he has said. A divorce of the conclusion from the material facts on which that conclusion is based is illogical, and must lead to arbitrary and unsound results" GOODHART, Arthur L. Determining the Ratio Decidendi of a Case, **The Yale Law Journal**, [S.I.], V. 40, No. 2, p. 161-183, dez. 1930, p. 169. Mais adiante, esclarece: "The court, therefore, creates a principle when it determines which are the material and which are the immaterial facts on which it bases its decision" Ibidem, p. 179.

<sup>407</sup> MARINONI. **Precedentes...**, Op. cit., p. 226-227.

Mais contemporaneamente, Neil MacCormick, reformulando criticamente a definição de Rupert Cross<sup>408</sup>, tratou-a como a decisão expressa ou implicitamente dada por um juiz que é suficiente para solucionar um ponto controvertido de direito trazido ao julgamento pelas partes em sua argumentação, sendo questão necessária para a sua justificação (ou uma de suas alternativas justificações) para as decisões do caso<sup>409</sup>.

Ao se destacar o raciocínio utilizado para a análise das questões levantadas pelas partes no processo, verifica-se que não apenas a decisão final pode constituir a *ratio*, mas também as próprias decisões relativas aos argumentos levantados pelas partes<sup>410</sup>.

Aqui é possível perceber, uma vez mais, a relevância da regra prevista no inciso VI, do §1º, do art. 489, pois se tem ali manifestação da visão colaborativa do princípio do contraditório no novo Código de Processo Civil, a dispor sobre a necessidade de o juiz manifestar-se sobre precedente, aplicável ao caso, invocado pela parte.

Dessa forma, vê-se que a operação da noção de *ratio* passa pela necessidade de se pensar não apenas em uma técnica que seja adequada para a motivação da decisão a partir do precedente, mas que terá também aplicabilidade prática no que se refere à construção e exposição da causa de pedir pelas partes.

De todo modo, o que importa e aqui se defende é que para a verificação e construção do conceito operativo de *ratio* que permite a motivação adequada a partir do precedente e a adequada operação dos institutos delineados no novo Código de Processo Civil - sintetizados na visão panorâmica exposta anteriormente<sup>411</sup> -, pode ser inferida da ideia de decisão interpretativa, tal como foi delineado anteriormente a partir do pensamento de Jerzy Wróblewski.

---

<sup>408</sup> "The *ratio decidendi* of a case is any rule of law expressly or impliedly treated by the judge as a necessary step in reaching his conclusion, having regard to the line of reasoning adopted by him, or a necessary part of his direction to the jury" CROSS, Rupert; HARRIS, Jim. **Precedent in English Law**. (1991) 4ª Ed. Oxford: Clarendon Press, 2004. p. 72.

<sup>409</sup> "A *ratio decidendi* is a ruling expressly or impliedly given by a judge which is sufficient to settle a point of law put in issue by the parties' arguments in a case, being a point on which a ruling was necessary to his justification (or one of his alternative justifications of the decisions in the case". MACCORMICK, Neil. Why Cases Have Rationes and What These Are. In: GOLDSETEIN, Lawrence (Org.). **Precedent in Law**. (1987) Oxford: Oxford University Press, 1991. p. 170.

<sup>410</sup> MARINONI. **Precedentes...**, Op. cit., p. 239.

<sup>411</sup> Conforme item 3.3.1 deste mesmo capítulo.

Como explica Marinoni, ao tratar da função constitucional do Superior Tribunal de Justiça enquanto corte de precedentes:

O precedente contém a justificativa racional da opção ou decisão em favor de um sentido do direito. Porém, a racionalidade da justificativa, enquanto elemento que permite sua compreensão em face de determinada questão de direito, requer pautas formais, prévias ao desenvolvimento da justificativa. É preciso saber o que as razões visam elucidar (o ponto de dúvida), bem como o lugar a partir do qual elas são elaboradas. Ou seja, uma *ratio decidendi* só tem racionalidade externa, perante os diversos casos e questões jurídicas, quando se sabe exatamente a situação concreta e a tese de direito de que fala, e se conhece o caminho, inclusive valorativo, que a fez nascer. A interpretação da lei federal realizada no acórdão considera determinados fatos e fundamentos de direito. Quando o acórdão decide a questão de direito sem fazer referência à situação fática que lhe deu origem, o texto legal não é relacionado a uma situação específica de aplicação, indispensável para se conhecer o contexto de aplicação da lei e, por consequência, para se compreender o próprio sentido a ela outorgado. Ademais, é importante considerar os fatos tratados, uma vez que fatos sempre podem ser relacionados a categorias de fato, ou seja, a categorias que abrangem outros fatos. Fato outro, não tratado especificamente no precedente, pode pertencer à mesma categoria do fato analisado no precedente, e, em virtude das suas razões determinantes, merecer o mesmo tratamento jurídico que foi outorgado à situação fática antes apreciada. Ou seja, a individualização dos fatos, ainda que evidentemente não aferidos em perspectiva probatória no STJ, é indispensável para se verificar a aplicabilidade do precedente a outro caso ou para se comparar dois ou mais precedentes que tenham interpretado a mesma lei ou leis de conteúdo igual, mas apenas com forma ou roupagem diversa.<sup>412</sup>

Ou seja, identifica-se o precedente enquanto um plano que, mediante suas razões, realiza uma preempção de um novo *round* deliberativo.

Recorde-se que as decisões interpretativas determinam o significado da norma jurídica aplicada, ao passo que as decisões sobre prova estabelecem os fatos que ocorreram no caso julgado

Ocorre que as próprias decisões interpretativas estão correlacionadas com o resultado das decisões acerca das provas e do discurso de reconstrução da "verdade processual". E é dessa última que a decisão interpretativa realizada no caso em que se formou o precedente toma os elementos contextuais que influenciam o significado da norma jurídica aplicada.

Dessa forma, motiva-se adequadamente uma decisão a partir do precedente quando seus motivos determinantes, tal como acima delineados, ou seja, a partir da

<sup>412</sup> MARINONI. **O STJ enquanto...**, Op. cit., p. 197-198.

interpretação operativa presente na decisão interpretativa e da delimitação fática por ela pressuposta, são devidamente explicitados pelo juízo que aplicará o precedente.



## CONCLUSÃO

No presente trabalho buscou-se apresentar uma compreensão teórica dos precedentes à luz da alegoria do porco-espinho, vale dizer, a partir de um ponto de vista central, que permitisse enfrentar o pujante tema dos precedentes.

Dois problemas em especial, com importância potencializada diante da aprovação do novo Código de Processo Civil, foram aqui objeto de investigação: de um lado, a compreensão e justificação para a adoção dos precedentes; de outro, a operabilidade com esse instrumento, ou seja, o fornecimento de elementos para a adequada motivação das decisões a partir do precedente.

No primeiro capítulo constatou-se importância teórica e prática das reflexões construídas na Teoria do Direito. Nesse sentido, procedeu-se à exposição da teoria do direito como planejamento proposta por Shapiro e de seu instrumental teórico para justificação dos precedentes a partir do caráter incremental do fenômeno jurídico.

Explicitou-se a compreensão de planos e planejamento para as atividades individuais, compartilhadas de pequeno porte e massivas. Colocou-se em evidência como a teoria do direito como planejamento incorporou e desenvolveu as teorizações da filosofia da ação para dar conta de atividades compartilhadas que envolvem estruturas de autoridade e a participação de agentes alienados, ambos pontos cruciais para compreender a normatividade do direito.

Verificou-se, assim, que o que caracteriza o direito enquanto instituição para a teoria adotada é o fato de ser ele planejador, autocertificador e compulsório, cuja finalidade é solucionar os problemas morais que não podem ser adequadamente resolvidos mediante formas alternativas de organização social que emergem nas circunstâncias da juridicidade.

Expostas as condições que tornam o planejamento jurídico possível e as teses do planejamento social, do propósito moral e da ação compartilhada, afastou-se a imagem caricatural que foi construída em torno das teorias positivistas, mostrando o equívoco de se identificar o positivismo jurídico com o formalismo ou mesmo com o textualismo.

De outro lado, evidenciou-se que a resposta à crítica inversa formulada contra essa teoria, ou seja, a de que o positivismo seria necessariamente antiformalista e não conseguiria dar conta dos desacordos teóricos, passa

necessariamente pela compreensão do debate sobre as metodologias interpretativas adequadas. Assim, abriu-se espaço para a segunda jornada investigativa, em que se analisaram os reflexos do direito como planejamento no espaço da interpretação jurídica.

Singelamente, é possível dizer que para a teoria metainterpretativa proposta por Shapiro quanto mais confiável reputa-se um determinado agente - o que se faz a partir de um julgamento sobre seu caráter e competência -, maior liberdade interpretativa a ele deve ser atribuída.

Dessa forma, no segundo capítulo buscou-se compreender a economia da confiança e sua definição concreta a partir das fases da especificação, da extração, e da avaliação, tornando inteligível o problema dos desacordos teóricos.

Nesse espaço particular, dialogou-se com as críticas apresentadas à teoria metainterpretativa e se verificou a necessidade de se compreender o papel do poder judiciário enquanto instância não apenas aplicadora dos planos, mas efetivamente planejadora. Compreende-se como planejadores todos aqueles que adotam os planos, sendo responsáveis pela criação, modificação ou extinção das instituições do sistema jurídico.

A partir daí se investigou como o precedente é um instrumento que não está a serviço exclusivo dos sistemas jurídicos inseridos na tradição da *common law*, mas antes é imprescindível na compreensão da atividade planejadora e diacronicamente incremental realizada pelos juízes também da *civil law*.

Como foi visto, em ambos os sistemas o planejamento é uma atividade complexa, que pode tanto se desenvolver de baixo para cima (*bottom-up planning*), quanto de cima para baixo (*top-down planning*), não havendo prevalência de um dos métodos.

Por fim, no terceiro capítulo, enfrentou-se o problema da interpretação e do raciocínio jurídico, justificando a adoção de precedentes a partir da confiança atribuída ao judiciário no sistema jurídico brasileiro, bem como, ao final, a forma como vêm sendo construídas as linhas para a motivação a partir do precedente no Brasil, em especial pelo novo Código de Processo Civil.

Isso teve particular importância porque planos compartilhados são criados para guiar e coordenar o comportamento. De acordo com a lógica do planejamento, não apenas é necessário que os planos sejam efetivamente aplicados, mas que

estes sejam determináveis por aqueles que os aplicam, mediante um método que não reabra as questões que são desenhados para resolver.

Procurou-se evidenciar como essas noções, de interpretação e raciocínio jurídico, compatibilizam-se com a interpretação de planos. Não se deixou de perceber que a interpretação pode resultar em um novo plano ou subplano, mas que o que efetivamente se obsta pela lógica geral do planejamento é a possibilidade de que qualquer interpretação possa ser determinada isoladamente pelos fatos cuja existência qualquer outro plano inserido no sistema já tenha solucionado.

A partir daí, demonstrou-se como do problema da interpretação, do reconhecimento da força normativa da constituição - com a adequada e tempestiva tutela dos direitos -. da difusão mais ampla da técnica legislativa das cláusulas gerais e da própria estruturação hierárquica de um sistema de cortes - com funções bem delimitadas e distintas -, se extrai e evidencia um forte e específico grau de confiança do sistema jurídico brasileiro ao judiciário, à luz de sua competência e caráter.

Esses traços foram reforçados com a análise dos dispositivos do novo Código de Processo Civil relevantes para a compreensão dos planos e subplanos construídos pelo judiciário à luz do instrumento do precedente.

Por fim, abordou-se a motivação a partir do precedente. Para tanto, foi traçada a distinção entre justificativa interna e externa da decisão, bem como sua conexão com as ideias de interpretação operativa e com o precedente, de modo a permitir que os planos efetivamente implementem sua função.

Defendeu-se, por fim, que a motivação adequada a partir dos planos ou subplanos construídos pelo judiciário e a utilização do instrumento do precedente, estão diretamente conectados com a noção de fundamento determinante, identificado com a interpretação operativa presente na decisão interpretativa e na delimitação fática por ela pressuposta, situação de clareza que permite ao julgador subsequente sua adequada aplicação.

## REFERÊNCIAS

ALEXANDER, Larry. Precedential Constraint, Its Scope and Strength. In: BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de; BERNAL PULIDO, Carlos (Orgs.). **On the Philosophy of Precedent: Proceedings of the 24th World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy**, Beijing, 2009. Stuttgart: Franz Steiner Verlag und Nomos, 2012. p. 75-82.

ASIMOV, Isaac. **The Stars, Like Dust**. (1951) New York: Octopus/Heinemann, 1981.

AUSTIN, John. **The Province of Jurisprudence Determined and The Uses of the Study of Jurisprudence**. (1832 e 1863) Indianapolis: Hackett Publishing Company, 1998.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: Da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos**. (2003) 3ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica: Entre Permanência, Mudança e Realização no Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros, 2011.

BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MORAWSKI, Lech; MIGUEL, Alfonso Ruiz. Rationales for Precedent. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert (Org). **Interpreting Precedents: A Comparative Study**. Aldershot: Ashgate, 1997.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro: Exposição Sistemática da Doutrina e Análise Crítica da Jurisprudência**. (2003) 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BENNETT, Mark J. **Legal Positivism and the Rule of Law: The Hartian Response to Fuller's Challenge**. 336 f. Tese (Doctor of Juridical Science) - Graduate Department of Law, University of Toronto, 2013.

BERLIN, Isaiah. **The Hedgehog and the Fox: An Essay on Tolstoy's View of History**. (1953) Chicago: Ivan R. Dee Inc., 1993.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito**. (1961) São Paulo: Ícone Editora, 1999.

BRATMAN, Michael E., Two Faces of Intention, **The Philosophical Review**, [S.I.], V. 93, No. 3, p. 375-405, Jul. 1984.

BRATMAN, Michael E., Shared Cooperative Activity, **The Philosophical Review**, [S.I.], V. 101, No. 2, p. 327-341, Abr. 1992.

BRATMAN, Michael E., Shared Intention, **Ethics**, [S.I.], V. 104, No. 1, p. 97-113, Out. 1993.

BRATMAN, Michael E. **Faces of Intention: Selected Essays on Intention and Agency**. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

BRATMAN, Michael E. **Intention, Plans and Practical Reason**. (1987) Stanford: CSLI Publications, 1999.

BRATMAN, Michael E., Shapiro on Legal Positivism and Jointly Intentional Activity, **Legal Theory**, [S.I.], V. 8, No. 4, p. 511-517, Dez. 2002

BRATMAN, Michael E. Reflections on Law, Normativity and Plans. In: BERTEA, Stefano; PAVLAKOS, George (Orgs.). **New Essays on the Normativity of Law**. Oxford: Hart Publishing, 2011. p. 73-85.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do Precedente Judicial: a Justificação e a Aplicação de Regras Jurisprudenciais**. São Paulo: Noeses, 2012.

BUSTAMANTE, Thomas, Interpreting Plans: A Critical View of Scott Shapiro's Planning Theory of Law, **Australian Journal of Legal Philosophy**, [S.I.], V. 37, [S.I.], p. 219-250, 2012. Disponível em < <http://ssrn.com/abstract=2206307>>. Acesso em 15/11/2014.

BUXTON, Charlotte *et alii*. **Oxford American Dictionary and Thesaurus**. 2ª Ed. Oxford: Oxford University Press, 2009.

CALABRESI, Guido. **A Common Law for The Age of Statutes**. (1982). New Jersey: The Lawbook Exchange Ltd., 1999.

CANALE, Damiano; TUZET, Giovanni (Org.). **The Planning Theory of Law: A Critical Reading**. Dordrecht: Springer, 2013.

CAPPELLETTI, Mauro. Repudiating Montesquieu: The Expansion and Legitimacy of "Constitutional Justice", **Revista de la Facultad de Derecho de México**, Ciudad de Mexico, V. 148/150, [S.I.], p. 35-66, jul/dez. 1986.

CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**. (1968) Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

CAVANNA, Adriano. **Storia del Diritto Moderno in Europa: Le Fonti e il Pensiero Giuridico**. Milano: Giuffrè, 1982.

CELANO, Bruno. What Can Plans Do for Legal Theory? In: CANALE, Damiano; TUZET, Giovanni (Org.). **The Planning Theory of Law: a Critical Reading**. Dordrecht: Springer, 2013.

CHIASSONI, Pierluigi. **Tecnica dell'Interpretazione Giuridica**. Bologna: Il Mulino, 2007.

COLEMAN, Jules L. Constraints on the Criteria of Legality, **Legal Theory**, [S.I.], V. 6, No. 2, p. 171-183, Jun. 2000.

COSTA, Pietro. O Estado de Direito: Uma Introdução Histórica. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. **O Estado de Direito: História, Teoria, Crítica**. (2002) São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 95-198.

CROSS, Rupert; HARRIS, Jim. **Precedent in English Law**. (1991) 4ª Ed. Oxford: Clarendon Press, 2004.

DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. **Reclamação constitucional no direito brasileiro**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2000.

DASCAL, Marcelo; WRÓBLEWSKI, Jerzy. Transparency and Doubt: Understanding and Interpretation in Pragmatics and in Law, **Law and Philosophy**, V. 7, [S.I.], p. 203-224, 1988

DICKSON, Julie. Interpretation and Coherence in Legal Reasoning In: Edward N. Zalta (Org.). **The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Summer 2014 Edition)**. Stanford: The Metaphysics Research Lab, 2014. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/archives/sum2014/entries/legal-reas-interpret/>>. Acesso em 07/12/2014.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico: Introdução a uma Teoria do Direito e Defesa do Pragmatismo Jurídico-Político**. São Paulo: Método, 2006.

DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1986.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. (1977) São Paulo: Martins Fontes: 2002.

DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. (1985) São Paulo: Martins Fontes, 2005.

EDLIN, Douglas E. Introduction. In: EDLIN, Douglas E (Org.). **Common Law Theory**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007. p. 1-26.

EDMUNDSON, William A., Why Legal Theory is Political Philosophy, **Legal Theory**, [S.I.], V. 19, No. 4, p. 331-346, Dez. 2013.

EDMUNDSON, William. Schmegality, **Georgia State University College of Law**, [S.I.], Legal Studies Research Paper No. 2012-02V. 2012. Disponível online em: <<http://ssrn.com/abstract=1835746>>. Acesso em: 06/11/2014.

EISENBERG, Melvin Aron. **The Nature of the Common Law**. Cambridge: Harvard University Press, 1988.

ENDICOTT, Timothy. Law is Necessarily Vague, **Legal Theory**, [S.I.] V. 7, No. 4, p. 379-385, Dez. 2001.

ENDICOTT, Timothy. Law and Language. In: Edward N. Zalta (Org.). **The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Spring 2014 Edition)**. Stanford: The Metaphysics Research Lab, 2014. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/archives/spr2014/entries/law-language/>>. Acesso em 07/12/2014.

FERRER BELTRÁN, Jordi; RATTI, Giovanni Battista. **The Logic of Legal Requirements: Essays on Defeasibility**. Oxford: Oxford University Press, 2012.

FIORAVANTI, Maurizio. **Costituzionalismo: Percorsi della Storia e Tendenze Attuali**. Roma: Laterza, 2009.

WIACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. (1967) 2ª Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1980.

FULLER, Lon L., Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart, **Harvard Law Review**, [S.I.] V. 71, No. 4, p. 630-672, Fev. 1958.

GARDNER, John, Legal Positivism: 5½ Myths, **American Journal of Jurisprudence**, [S.I.], V. 46, No. 1, p. 199-227, 2001.

GÓES, Gisele Santos Fernandes. Reclamação Constitucional. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Org.). **Ações constitucionais**. Salvador: JusPodivm, 2007. p. 467-488.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. (2002) 4ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Da reclamação, **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, [S.I.], V. 10, No. 38, p. 75-83, abr./jun. 2002.

GOODHART, Arthur L. Determining the Ratio Decidendi of a Case, **The Yale Law Journal**, [S.I.], V. 40, No. 2, p. 161-183, dez. 1930.

GUASTINI, Riccardo. **Das Fontes às Normas**. (1990) São Paulo: Quartier Latin, 2005.

GUASTINI, Riccardo. **Interpretare e Argomentare**. Milano: Giuffrè, 2011.

HART, Herbert L. A. **The Concept of Law**. (1961) 2ª Ed. Oxford: Oxford University Press, 1997.

HESPANHA, António Manuel. **A Cultura Jurídica Europeia: Síntese de um Milénio** (1996). Coimbra: Almedina, 2012.

HOGUE, Arthur. **Origins of the Common Law**. (1966) Indianapolis: Liberty Fund, 1986.

HUME, David. **A Treatise of Human Nature**. (1738) Oxford: Clarendon Press, 1896.

IRTI, Natalino. **L'Età della Decodificazione**. (1978). 4ª Ed. Milão: Giuffrè, 1999.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. (2ª Ed. 1960) São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KOSEL, Randy J., The Scope of Precedent, **Michigan Law Review**, [S.l.], V. 133, No. 1, p. 179-230, 2014.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da Decisão Judicial: Fundamentos de Direito**. (2005) 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MACCORMICK, Neil. Why Cases Have Rationes and What These Are. In: GOLDSETEIN, Lawrence (Org.). **Precedent in Law**. (1987) Oxford: Oxford University Press, 1991.

MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert. Introduction. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert (Org). **Interpreting Precedents: A Comparative Study**. Aldershot: Ashgate, 1997. p. 1-15.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas Linhas do Processo Civil**. (1996) 4ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. (2010). 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto Corte de Precedentes: Compreensão do Sistema Processual da Corte Suprema**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. (2006). 8ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil V. 2: Processo de Conhecimento**. (2001) 12ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MARQUES, Claudia Lima (Coord.). **Diálogo das Fontes: do Conflito à Coordenação de Normas do Direito Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARTINS-COSTA, Judith. O Direito Privado como um “Sistema em Construção”: as Cláusulas Gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro, **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, V. 35, No. 139, p. 5-22, jul./set., 1998.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes: o Desenvolvimento Judicial do Direito no Constitucionalismo Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. The Role of Precedent as a Filter for Argumentation. In: BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de; BERNAL PULIDO, Carlos



(Orgs.). **On the Philosophy of Precedent**: Proceedings of the 24th World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy, Beijing, 2009. Stuttgart: Franz Steiner Verlag und Nomos, 2012. p.83-102.

MERRYMAN, John H.; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **The Civil Law Tradition**: An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America. (1969) 3ª Ed. Stanford: Stanford University Press, 2007.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil**: Pressupostos Sociais, Lógicos e Éticos. (2009) 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MITIDIERO, Daniel, Fundamentação e Precedente: Dois Discursos a partir da Decisão Judicial, **Revista de Processo**, V. 206, [S.I.], p. 61 e ss, abril, 2012.

MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas**: Do Controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PACHECO, José da Silva, A 'reclamação' no STF e no STJ de acordo com a nova Constituição, **Revista dos Tribunais**, [S.I.], v. 646, p. 19-30, ago. 1989.

PAPAYANNIS, Diego M. Legality: Between Purposes and Functions. In: CANALE, Damiano; TUZET, Giovanni (Org.). **The Planning Theory of Law**: A Critical Reading. Dordrecht: Springer, 2013. p. 89-128.

PEREIRA, Paula Pessoa. **Legitimidade dos Precedentes**: Universabilidade das Decisões do STJ. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PINO, Giorgio, Positivism, Legal Validity, and the Separation of Law and Morals, **Ratio Juris**, [S.I.], V. 27, No. 2, p. 190-217, Jun. 2014.

PLUCKNETT, Theodore. **A Concise History of the Common Law**. (1929) 5ª Ed. Indianapolis: Liberty Fund, 2010.

PORTO, Sérgio Gilberto. **Ação Rescisória Atípica**: Instrumento de Defesa da Ordem Jurídica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BERNAL PULIDO, Carlos, Austin, Hart e Shapiro: Três Concepções sobre o Direito como Entidade Fundada em uma Prática Social, **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, [S.I.], No. 107, p. 43-98, Jul./Dez. 2013.

RAZ, Joseph. **Practical Reasons and Norms**. (1975) Oxford: Oxford University Press, 1999.

RAZ, Joseph. The Inner Logic of Law. (1984) In: **Ethics in the Public Domain**: Essays in the Morality of Law and Politics. (1994) Oxford: Oxford University Press, 2001.

RAZ, Joseph. Authority, Law and Morality. (1985) In: **Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics.** (1994) Oxford: Oxford University Press, 2001.

RAZ, Joseph. On The Autonomy of Legal Reasoning. (1993) In: RAZ, Joseph. **Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics.** (1994) Oxford: Oxford University Press, 2001.

RAZ, Joseph. Legal Positivism and the Sources of Law. In: **The Authority of Law: Essays on Law and Morality.** (1979) 2ª Ed. Oxford: Oxford University Press, 2009.

RAZ, Joseph. On the Nature of Law. (1996) In: RAZ, Joseph. **Between Authority and Interpretation: On the Theory of Law and Practical Reason.** Oxford: Oxford University Press, 2009.

RAZ, Joseph. Can There be a Theory Of Law? (2004) In: RAZ, Joseph. **Between Authority and Interpretation: On the Theory of Law and Practical Reason.** Oxford: Oxford University Press, 2009.

RAZ, Joseph. **O Conceito de Sistema Jurídico: Uma Introdução à Teoria dos Sistemas Jurídicos.** (1970) São Paulo: Martins Fontes, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais.** 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SARMENTO, Daniel. **Por um Constitucionalismo Inclusivo: História Constitucional Brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais.** Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010.

SERBENA, Cesar Antonio (Org). **Teoria da Derrotabilidade: Pressupostos Teóricos e Aplicações.** Curitiba: Juruá, 2012.

SCHAUER, Frederick. **Thinking Like a Lawyer: A New Introduction to Legal Reasoning.** Cambridge: Harvard University Press, 2009.

SCHAUER, Frederick, The Best Laid Plans, **The Yale Law Journal**, [S.I.], V. 120, [S.I.], p. 586-621, 2010.

SCHIAVELLO, Aldo. Rule of Recognition, Convention and Obligation: What Shapiro Can Still Learn from Hart's Mistakes. In: CANALE, Damiano; TUZET, Giovanni (Org.). **The Planning Theory of Law: A Critical Reading.** Dordrecht: Springer, 2013. p. 65-87.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem Constitucional: Construindo uma Nova Dogmática Jurídica.** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999.

SHAPIRO, Scott J., Law, Plans and Practical Reason, **Legal Theory**, [S.I.], V. 8, No. 4, p. 387-441, Dez. 2002.

SHAPIRO, Scott J., The "Hart-Dworkin" Debate: A Short Guide for the Perplexed. **University of Michigan Law School - Public Law and Legal Theory Working Paper Series**, [S.I.], Working Paper No. 77, Mar. 2007, Disponível em < <http://ssrn.com/abstract=968657>>. Acesso em: 12/11/2014.

SHAPIRO, Scott J. **Legality**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

SHAPIRO, Scott J. Massively Shared Agency. **Teoria e Critica della Regolazione Sociale - TCRS**, Intenzionalità Collettiva e Figure della Responsabilità, No. 5, Quaderno 2011, Disponível em < <http://mimesisedizioni.it/journals/index.php/tcrs/article/view/30/28>. Acesso em 20/11/2014.

SORRENTI, Giusi. La Costituzione "Sottintesa". In: **Corte Costituzionale, Giudici Comuni e Interpretazioni Adeguatrici**: Atti del Seminario Svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, 6 Novembre 2009. Milano: Giuffrè Editore, 2010.

STONE, Julius. The Ratio of the Ratio Decidendi, **The Modern Law Review**, [S.I.], V. 22, No. 6, p. 597-620, nov. 1959.

TARELLO, Giovanni. **Storia della Cultura Giuridica Moderna**: Assolutismo e Codificazione del Diritto. (1976) Bologna: Il Mulino, 1994.

TARUFFO, Michele. Institutional Factors Influencing Precedents. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert (Org). **Interpreting Precedents**: A Comparative Study. Aldershot: Ashgate, 1997. p. 437-460.

TARUFFO, Michele. **La Motivación de la Sentencia Civil**. (1975) Cidade do México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente Judicial como Fonte do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004,

VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. **Hermenêutica Jurídica e Derrotabilidade**. Curitiba: Juruá, 2010.

WALDRON, Jeremy, Planning for Legality, **Michigan Law Review**, [S.I.], V. 109, [S.I.], p. 883-902, 2011.

WAMBAUGH, Eugene. **The Study of Cases**: A Course of Instruction in Reading and Stating Reported Cases, Composing Head-Notes and Briefs, Criticising and Comparing Authorities, and Compiling Digests. Boston: Little Brown, 1894.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. Legal Decision and its Justification, **Logique & Analyse**, V. 14, No. 53/54, p. 409-419, 1971.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. **Constitución y Teoría General de la Interpretación Jurídica.** (1985) Madrid: Civitas, 1988.

WRÓBLEWSKI, Jerzy, Legal Language and Legal Interpretation, **Law and Philosophy**, V. 4, [S.I.], p. 239-255, 1988.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. **The Judicial Application of Law.** Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1992.

ZANETI JR., Hermes. **O Valor Vinculante dos Precedentes.** Salvador: JusPodivm, 2015.

ZANETI, JR, Hermes. **Processo Constitucional: O Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro.** Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. **Introduzione al Diritto Comparato: Volume I Principi Fondamentali.** (1984) Milano: Giuffrè, 1998.